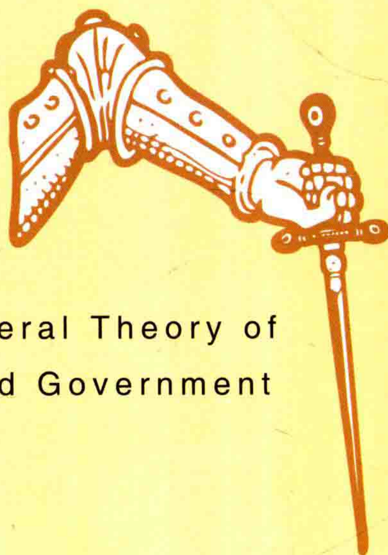
Taming Leviathan



A General Theory of Limited Government

VISIT…

LANZAROTE
Caliente.com

王建勋作品

驯化利维坦

有限政府的一般理论

王建勋 著

Taming Leviathan:

A General Theory of Limited Government

人民东方出版传媒
東方出版社

图书在版编目（CIP）数据

驯化利维坦：有限政府的一般理论 / 王建勋 著. — 北京：东方出版社，2016.10
ISBN 978-7-5060-9284-5

Ⅰ. ①驯…　Ⅱ. ①王…　Ⅲ. ①政治思想史—美国—近代　Ⅳ. ①D097.124

中国版本图书馆CIP数据核字（2016）第252881号

驯化利维坦：有限政府的一般理论
（XUNHUA LIWEITAN:YOUXIANZHENGFU DE YIBANLILUN）

作　　者：王建勋
责任编辑：李　森
出　　版：东方出版社
发　　行：人民东方出版传媒有限公司
地　　址：北京市东城区东四十条113号
邮政编码：100007
印　　刷：北京楠萍印刷有限公司
版　　次：2017年1月第1版
印　　次：2017年4月第2次印刷
开　　本：880毫米×1230毫米　1/32
印　　张：10.5
字　　数：220千字
书　　号：ISBN 978-7-5060-9284-5
定　　价：48.00元
发行电话：（010）85924663　85924644　85924641

版权所有，违者必究　本书观点并不代表本社立场
如有印装质量问题，请拨打电话：（010）85924602　85924603

献给恩师

文森特·奥斯特罗姆（Vincent Ostrom，1919—2012）

埃莉诺·奥斯特罗姆（Elinor Ostrom，1933—2012）

魏振瀛（1933—2016）

建勋早在北大法学院攻读硕士学位期间，就表现出对于公法学的浓厚兴趣。后来留学美国印第安纳大学，师从政治学大师奥斯特罗姆攻读博士，深受奥氏关于联邦主义思想的影响，对于美国有限政府及地方自治有深入研究。本书正是他全面研究有限政府问题的一个结晶。全书注重有限政府体制的框架梳理，其中包括对制度构造原理和历史背景的描述和分析。建勋的写作具有很强的论辩色彩，会随时随地对于那些似是而非的质疑有限政府的观点作出强有力的反驳，从而让读者对于有限政府具体制度的理解更加清晰、深入和圆满。

——贺卫方

这是一本关于立宪主义的力作，简明扼要地介绍了有限政府制度的重要方面。本书的独特之处在于从古典自由主义出发，分析了立宪国家的基本构造，尤其对三权分立、联邦主义和基本自由有浓墨重彩之笔，是初学者不可多得的入门读本。

——张千帆

作者清醒而执着地以赓续古典自由主义传统为使命，以美国宪法为现代政治建构的典范，对有限政府、分权制衡、联邦主义、基本人权（重点是言论自由和财产权）的基本内涵和依据作出了系统的阐释。在摒弃西方左翼学者对古典传统的曲解的同时，也着力澄清了弥漫于国内学界的重重迷雾。展读此书，现代文明社会的基本政治法律建构和价值基础清晰地呈现在读者面前。读者可在轻松的阅读中掌握现代人应具备的基本政治法律常识，同时还能够初窥这些常识的学术纵深。

——丛日云

吾友王建勋返国十载，工作家务千头万绪，但我每每遇到他，总觉得他只在做一件事，就是接续一种古典自由主义传统，它通常被认为来自英美，最初独树一帜，却终能蔚为大观。建勋对这种传统揣摩之深，用心之苦，不惮萤萤孤灯，终成此编，于诸多繁难问题上辨析论列，足堪为此一传统的同好所感佩。

——冯克利

自由是一株罕有而娇嫩的植物。

——米尔顿·弗里德曼

自由不是实现更高政治目的的手段。它本身就是最高的政治目的。

——阿克顿勋爵

我总是以为，自由是最重要的事物；我总是以为，它是高尚品格与伟大行动的最丰富源泉之一。无论是安逸稳定还是物质享受，都不可能使我远离它。然而，我发现，我所处时代的大多数人——我意指那些最受尊敬的人，因为其余人的看法对我没有意义——都只是谋求使他们自己尽可能适应一个新的主子，而让我彻底感到不安和恐惧的是，他们把对奴役的喜好当成了美德的一部分。

——托克维尔

目 录

前 言 001

第一章 宪法与立宪

一 宪法的性质 017
二 立宪的逻辑 025
三 宪法的文本 033
四 宪政的意涵 041

第二章 宪治与分权

一 集权与分权 055
二 横向分权：三权分立 065
三 纵向分权：联邦主义 084

第三章 三权分立

一 立法权 111
二 行政权 132
三 司法权 152

第四章 联邦主义

一 联邦制 VS. 单一制 185
二 联邦主义与地方自治 209
三 联邦主义与多中心秩序 231

第五章 基本权利与自由

一 “自由”“权利”与“基本权利” 253
二 言论自由 272
三 财产权 292

后记 自由是人的天性 319

前　言

渴望自由是人的天性，但获得并保有自由并非易事。在人类历史上，迄今为止，只有少数社会幸运地获得了自由，变成了自由社会，大部分社会还处于一些人统治另一些人的状态。统治者也喜欢自由，只不过，他们不想让他人同样享受自由。如何驯服统治者，让每个人都获得自由，是一个千古难题。直到近现代，才找到了驯服暴君、驾驭权力的良方——宪政（constitutionalism）。

制度之改变，离不开观念的导引。倘若不熟谙宪政之精义，宪政制度之确立便无从谈起。这本小书基于此种看法而撰写，旨在探索宪政之道，阐发宪政要义。“宪政”一词自晚清进入华夏以降，不少仁人志士为之奋斗，但探索宪政原理的著作并不多见，尤其是在1949年之后。在中国大陆，除了近些年译介的一些宪政著作之外，市面上流行的更多是宪法学教材，或者，准确地说，是关于中国宪法的教材，要么是注释，要么是评论；并且，意识形态的影响以及认识上的误区，导致人们对宪政的看法众说纷纭，甚至存在着严重分歧，从前几年“反宪派”“普宪派”“社宪派”之间的论争中就可见一斑。因之，对于渴望学习宪政知识的年轻学子们，除了阅读《政府论》和《联邦党人文

集》之类的经典译作外，可参考的入门读物实在有限。笔者不揣浅陋撰写这本小书，希望能起到宪政入门读物的作用。

需要交代的是，本书的写作秉承的是古典自由主义（classical liberalism）传统。这是洛克、孟德斯鸠、斯密、休谟、麦迪逊、托克维尔、贡斯当（Benjamin Constant）等人开创的，奥地利学派的门格尔（Carl Menger）、米塞斯（Ludwig von Mises）、哈耶克（F. A. Hayek）和公共选择学派的布坎南（James M. Buchanan）、塔洛克（Gordon Tullock）、奥斯特罗姆夫妇（Elinor and Vincent Ostrom）以及弗里德曼（Milton Friedman）、诺齐克（Robert Nozick）等人继承和发扬光大的传统。这一传统强调私有产权、有限政府、自由市场、个人自由的重要性，强调设立政府的主要目的是保护每个人的权利和自由，强调建立一个有限政府的关键是分权制衡，强调经济自由（自由市场）与政治自由之间的密切关联等。[①] 宪政的核心在于建立一个有限政府，在于分权制衡，意在保护每个人的基本权利和自由，而这正是古典自由主义的基本理念。

---

① 在当代学术界，"古典自由主义"也被一些学者称为"自由至上主义"（libertarianism）、"市场自由主义"（market liberalism）、"保守自由主义"（conservative liberalism）或"右翼自由主义"（right liberalism）等，这些概念之间并不完全一致，信奉者之间也有各种各样的分歧。对于古典自由主义传统的梳理和介评，参见 Barry，Norman P. 1986. *On Classical Liberalism and Libertarianism*. London：Macmillan；Mises，Ludwig von. 2005. *Liberalism：The Classical Tradition*. Ed. Bettina Bien Greaves. Indianapolis，IN：Liberty Fund；Buchanan，James M. 2005. *Why I，Too，Am Not a Conservative：The Normative Vision of Classical Liberalism*. Cheltenham，UK：Edward Elgar。古典自由主义与现代自由主义（modern liberalism）或者左翼自由主义（left liberalism）的重要区别在于，前者强调政府的职能仅限于提供国防、治安、司法等必需的公共物品，后者则主张政府承担起广泛的社会经济职能——尤其是提供社会保障、再分配等；前者倡导自由市场对于个人自由的重要价值，后者则鼓吹政府干预经济的必要性；前者相信私有产权的神圣地位，后者则支持对私有产权进行一定的限制；前者只承认消极自由（权利），后者还承认积极自由（权利）；等等。

古典自由主义认为，每个人都拥有天赋的、不可让渡的基本权利和自由，而设立政府的目的恰恰在于保护这些权利和自由。洛克指出，人们进入政治社会的主要目的在于保护自己的财产权——包括生命权、自由权以及物质所有权，因为每个人都天然地拥有自己（self-ownership），拥有自己的生命、自由和财产。[①]问题在于，政府一旦设立，如果不对其严加防范，它就很容易蜕变为“利维坦”，成为个人基本权利和自由的最大威胁。既然如此，限制政府的权力便成为保障个人自由的关键所在。那么，如何限制政府的权力呢？迄今为止的人类经验表明，分权制衡——将权力分立并使其相互制约和平衡——是行之有效的手段，包括横向的分权制衡（三权分立）和纵向的分权制衡（联邦主义）。之所以奉行这种双重分权制衡的架构，是因为集权本身就等同于专制，因为拥有权力的人都有野心，必须用权力来制约权力，或者说，“用野心对抗野心”（麦迪逊语），方能起到对个人权利和自由双重保护的作用。麦迪逊说，如果人是天使，根本就不需要政府，如果拥有权力的人是天使，根本就不需要对政府进行限制。[②]

可见，在某种意义上讲，宪政的制度安排透露着对人性的怀疑，对拥有权力的人怀抱高度怵惕之心。如果相信人性是善的，则不需要对拥有权力的人进行限制，不需要对政府严加防范。但是，这种对人性的怀疑，决不意味着假定人性完全是恶的，或者说，完全否定人性

---

① Locke，John. 1947. *Two Treatises of Government*. Ed. Thomas Cook. New York：Hafner Publishing Company，p. 184.

② Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 269.

有善的一面。相反，它相信人性是复杂的，既有恶的一面，也有善的一面。为了防范拥有权力的人利用人性之恶滥用权力，必须对其限制，但这并不意味着人总是作恶。如果承认人性完全为恶的话，结局难免会倾向于霍布斯式的解决方案——构建一个高高在上、权柄无限的主权者。正是因为人性具有善的一面，才应该摈弃这样的他治思路，让人们自主治理，构建一个自治的社会。无论如何，人性是有缺陷的，在权力的诱惑、毒害之下，人性的缺陷会成倍放大。既然如此，与其把支配自己命运的权力交给统治者，不如将其掌握在自己的手里。这正是美国"国父"们的理想，他们孜孜以求的，就是设立一个有限政府，让人们自由和平地共处，让人们自治，让每个人都成为自己的主人。为此，他们殚精竭虑地探寻约束权力的良方，发现双重分权制衡架构能够起到有效的作用。

读者不难发现，本书的写作恰恰就是围绕着双重分权制衡架构展开的，在很大程度上讲，是对这一架构的重述、阐释和评析。可能有人会说，为何要以美国的宪政理念和原则作为宪政基本原理的参照或模范？这不是一种偏见吗？为何不以其他国家的宪政作为蓝本？我的回答是，美国是现代意义上宪政的发源地——虽然宪政萌芽于古罗马、英国等地，是第一个真正意义上的宪政共和国[①]，1787 年《美利坚合众国宪法》是人类历史上第一部有效约束权力并施行至今的宪法。这部宪法实际上是在汲取了自古希腊罗马以降包括英国的宪政经验和教

---

① Hayek，F. A. 1972. *The Constitution of Liberty*. Chicago：Henry Regnery Company. Chapter 12.

训基础之上制定的，它所确立的分权制衡原理不专属于美国，而是属于整个人类，是人类智慧的结晶，具有普遍的适用性。美国宪法制定之后，对世界上很多国家的宪法制定和宪政历程都产生了不可估量的影响。[①] 虽然不必甚至不应当照搬美国宪法的细节，但它所确立的原则——尤其是三权分立和联邦主义——却是值得借鉴和研究的，正如托克维尔在 180 余年前指出的那样。拒绝人类这些有益的宪政经验无异于自我放逐，远离文明。

或许有人会指出，本书的核心内容围绕着美国建国时期确立的三权分立和联邦主义展开，但美国的宪政实践自 19 世纪以来发生了很大的变化，比如联邦政府的权力越来越大，甚至出现了集权化趋势，总统的权力也日益膨胀，削弱了三权之间的制衡。该如何看待这种变化？我的回答是，美国建国之后——尤其是南北战争和罗斯福新政之后——的宪政实践的确发生了不小的变化，但这种变化决不意味着三权分立和联邦主义本身存在着严重的制度设计缺陷，不意味着应该放弃三权分立和联邦主义，而是意味着美国的宪政实践在一定程度上背离了“国父”们的初衷，背离了有限政府的一些基本理念。造成这种变化的原因是多方面的，但战争、进步主义思潮以及福利国家的观念

---

① 关于美国宪法的域外影响，参见 Billias，George Athan. 2009. *American Constitutionalism Heard Round the World, 1776-1989 : A Global Perspective*. New York : New York University Press ; Henkin, Louis and Albert Rosenthal. 1989. *Constitutionalism and Rights : The Influence of the United States Constitution Abroad*. New York : Columbia University Press。

等扮演着主要的角色。[①] 从南北战争到两次世界大战，都让联邦政府和总统的权力得到了扩张，因为战争要求在短时间内集中人力、物力和财力，要求服从命令，甚至不惜以牺牲民众的基本权利和自由为代价。虽然美国内战结束了奴隶制，但它在一定程度上改变了联邦政府和州政府之间的平衡；两次世界大战则让联邦政府和总统的权力得到了相当程度的扩张。无论是进步主义思潮，还是福利国家观念，都给了联邦政府干预社会经济社会生活的借口和理由。从制定反垄断法到颁布禁酒令，从修改参议院选举方式到干预契约自由，从征收联邦个人所得税到建立社会保障制度，都让联邦政府变得越来越强大，总统的地位变得越来越显赫。

毋庸置疑，与建国时相比，美国的宪政实践发生了显著的变化，甚至在某些方面堪称是“革命性的”——比如参议员的选举，而且主要是在过去这 100 年左右的时间内发生的。比如，即使 100 年前的民主党总统也无法接受今天共和党人对福利国家的看法，克利夫兰（Grover Cleveland）总统 1887 年否决联邦政府救济德克萨斯受灾者法案就是一个明证。[②] 但是，必须明确的是，无论美国的宪政实践发生了怎样的变化，其基本架构并没有根本改变，三权分立和联邦主义依

---

① Higgs，Robert. 1987. *Crisis and Leviathan：Critical Episodes in the Growth of American Government*. New York：Oxford University Press；Holcombe，Randall G. 2002. *From Liberty to Democracy：The Transformation of American Government*. Ann Arbor，MI：University of Michigan Press.

② Cleveland，Grover. 1892. “Cleveland’s Veto of the Texas Seed Bill”，in *The Writings and Speeches of Grover Cleveland*. New York：Cassell Publishing Co，p. 450.

然是美国宪政的底色。无论联邦政府的权力扩张了多少，它都无法在立法、行政和司法领域无视各州的反对和抗衡。从奥巴马医改法案遭到几十位州长的抵制中即可见一斑。同样，无论总统的权力跟建国时相比大了多少，他都无法越过国会而立法，无法逃脱法院的司法审查。也就是说，美国“国父”们确立的双重分权制衡架构依然耸立，美国宪法依然在有效实施，只是在《权利法案》之外增加了十七条修正案而已。而且，在美国，要求回归美国“国父”们宪政理想和有限政府的努力一直都存在[①]，尽管他们有时候显得势单力薄，但这决不意味着他们的声音可以被忽略，更不意味着他们的看法站不住脚。从这个意义上讲，本书也可以被视为主张回归美国“国父”们的宪政理想和古典自由主义传统的一个尝试，旨在重申 17、18 世纪理论家们倡导的有限政府之伟大理念。

可能有人会说，有些国家并没有奉行严格意义上的三权分立或联邦主义，不是也确立了宪政吗？那里的权利和自由不是也得到了保护吗？这种诘问看似有理，但经不起推敲，因为衡量宪政至少存在两个维度。一方面，在宪政国家与非宪政国家之间存在着质的区别，只有

① Samples，John. Ed. 2002. *James Madison and the Future of Limited Government*. Washington，DC：Cato Institute；Ostrom，Vincent. 1991. *The Meaning of American Federalism：Constituting a Self-governing Society*. San Francisco：ICS Press；Brennan，Geoffrey and James M. Buchanan. 2000. *The Power to Tax：Analytical Foundations of a Fiscal Constitution* (Vol. 9，the Collected Works of James M. Buchanan). Indianapolis：Liberty Fund. First published in 1980；Friedman，Milton. 1963. *Capitalism and Freedom*. Chicago：University of Chicago Press；Murray，Charles. 2006. *In Our Hands：A Plan to Replace the Welfare State*. Washington，DC：AEI；Epstein，Richard A. 2014. *The Classical Liberal Constitution：The Uncertain Quest for Limited Government*. Cambridge，MA：Harvard University Press.

达到了一定的标准之后，一个国家才能被称为宪政国家；另一方面，在宪政国家之间也存在着程度的差别，一些国家比另一些国家更好地约束了权力，个人的权利和自由得到了更好的保护。因此，虽然有的国家没有完全实行三权分立或者联邦主义，那里的权力也受到了相当程度的约束，但如果它们实行了三权分立和联邦主义，这种约束将更加有效，对个人权利和自由的保护也会更好。

反对三权分立的人经常举英国的例子，认为那里虽然没有三权分立，奉行的是议会至上，却是一个不折不扣的宪政国家，甚至还是一个"宪政的母国"。吊诡的是，孟德斯鸠当年提出三权分立时，参照的就是英国的例子，而这在今天居然被认为是个"美丽的错误"。跟美国相比，英国的确算不上严格意义上的三权分立国家，但认为那里奉行的原则是议会至上，也是个不小的误解。英国的政体常常被认为是议会制——议会起着主导作用，立法机关与行政机关具有紧密的联系，而且，历史上最高司法权也掌握在上议院手里。议会的权力着实很大，但如果据此就认为议会可以为所欲为就大错特错了，议会至上不过是布莱克斯通（William Blackstone）误解库克爵士（Sir Edward Coke），此后奥斯丁（John Austin）、戴西（A. V. Dicey）等人以讹传讹的结果。[①] 根本而言，宪政不承认任何机构或个人拥有至高无上的权力，因为任何至高无上的权力都意味着不受限制，而这本身构建的是一个无限政府，与有限政府的理念截然相反。如果英国奉行的是议会至上，则那

① Montpensier, Roy Stone de. 1966. "The British Doctrine of Parliamentary Sovereignty : A Critical Inquiry", *Louisiana Law Review* 26 : 753-787. 对这一问题的深入讨论，参见本书第二章第二节。

里不可能有宪政可言，因为议会如同任何其他机构一样会滥用权力，议员们决不是天使。英国的政体被称为议会至上的原因之一在于，议会不是受成文宪法的约束，而是受至少自《大宪章》以来的诸多宪法性文件、宪法惯例和传统的约束。这样的约束在很大程度上隐而不现，让人误以为它不存在或者不起作用。很难想象，英国议会会制定一部或几部法律，宣布废除英国人自古以来享有的言论自由、宗教自由、结社自由等，或者宣布废除英国的司法机关。

当然，这并不意味着英国的政治架构不存在缺陷。这种议会制政体的问题在于，它不是三权分立，而是有些“两权分立”的意味，因为其立法权和行政权存在高度重叠性，形成所谓的“议行合一”，结果是，立法权和行政权之间缺乏相互制衡。这是议会制与总统制之间的根本区别之一。“总统制”的称呼让人误以为，在这种体制中，总统一家独大或居于主导地位，其实，究其根本，其实质是严格意义上的三权分立制，总统、国会和最高法院之间是平起平坐、相互制衡的关系。值得关注的是，或许英国人部分地认识到了其政体的缺陷，加之需要满足欧盟的一些要求，英国近些年进行了一系列的宪政改革。譬如，在2009年确立了最高法院，将最高司法权从上议院中剥离了出去，而且，这个独立的最高法院还可以在一定程度上行使司法审查权。

如果说很多人对三权分立存在着误解，那么，人们对联邦主义的误解就更加严重了。不少人认为，中央集权与宪政是可以共容的，或者说，为了建立一个宪政国家，是不必抛弃中央集权体制的。这与美国“国父”们对中央集权的理解判若云泥，他们认为，中央集权国家

对个人权利和自由最多只能提供一重保护，而联邦主义国家则可对个人权利和自由提供双重保护，因为联邦主义意味着联邦政府和各州政府之间存在着一种纵向的分权制衡，当一个政府变得专制的时候，另一个政府可以对抗它。托克维尔发现，美国民主的根基正是其联邦制下的地方自治传统。在他看来，没有地方自治和地方自由，一个社会不可能具有自由的精神。① 他进一步指出，法国大革命的发生在很大程度上正是因为在旧体制下中央集权的加剧，而大革命从旧体制下所继承的最重要的遗产也是中央集权。② 这或许是法国直到 20 世纪中期之后才建成一个稳定的宪政民主政体的重要原因之一。

可能有人会说，在一个中央集权国家照样可以实行地方自治，但这种说法的问题在于，一个中央集权国家地方自治的程度根本无法与一个联邦制国家的地方自治相提并论。在一个中央集权国家，地方政府没有自己的宪法，地方政府的权力来自于中央，地方与中央是等级隶属关系，而在一个联邦制国家，各邦都有自己的宪法，各邦的权力并非来自于联邦，各邦与联邦之间平起平坐。可见，二者之间的差别是根本性的。在文森特・奥斯特罗姆（Vincent Ostrom）看来，中央集权体制所构建的是一个单中心（mono-centric）社会，而联邦主义体制所构建的是一个多中心（polycentric）社会。这是两种不同类型的社会，

---

① Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York：Vintage Books. Chapter V.

② Tocqueville, Alexis de. 1998. *The Old Regime and the Revolution*. Ed. Fancois Furet and Francoise Melonio. Trans. Alan S. Kahan. Chicago：University of Chicago Press.

只有后者才可能成为一个自治的共同体。[①]还有人误以为联邦主义易于导致地方割据甚至国家分裂，其实，由于联邦主义充分尊重地方的自治权，地方的向心力往往大于其离心力，所谓割据或者分裂不过是臆想罢了。美国、加拿大、澳大利亚、瑞士、德国等国家都实行联邦制，但这些国家的分离主义势力并不明显，甚至在很多国家根本不存在；相反，在一些实行中央集权的国家，由于地方的自治权不受尊重，分离主义倾向反倒更为强烈。

基于上述考虑，本书的主体就是对双重分权制衡架构的探究和讨论，既包括思想史的梳理，也包括相应制度安排的分析。一般而言，近现代意义上的宪政主要包括两个组成部分：一是政府架构，一是权利法案（Bill of Rights）。[②]本书没有对权利法案展开详细讨论，只是对两项基本权利和自由——言论自由和财产权——进行了概要性的考察，之所以如此，并非因为权利法案不重要，而是因为，一方面，分权制衡架构是权利法案发挥作用的前提条件，没有分权制衡架构，权利法案无法起到保护基本权利和自由的作用；[③]另一方面，权利法案所包括

---

① Ostrom, Vincent. 1991. *The Meaning of American Federalism: Constituting a Self-governing Society*. San Francisco: ICS Press.

② Sartori, Giovanni. 1962. "Constitutionalism: A Preliminary Discussion", *American Political Science Review* 56(4): 853-864.

③ 美国“国父”们在起草1787年宪法之初，并没有将“权利法案”考虑在内，原因之一在于，他们认为在宪法上确立了分权制衡的架构之后，不必包括权利法案，因为权力受到制约便意味着权利受到保护，因为没有明确授予联邦政府的权力就都属于各州和人民，而且，如果宪法上列举了一些基本权利而没有列举另一些，人们可能会认为，那些没有列举的基本权利不受宪法保护。参见 Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN: Liberty Fund, pp. 445-446。

的基本权利和自由很多，逐一详细讨论将会大大超出本书的篇幅。之所以对言论自由和财产权进行扼要的讨论，一是因为这两种基本权利对于个人自由和独立至关重要，甚至常常被认为起着基础性的作用，二是因为在公共舆论中，人们对它们的意涵和价值多有误解。

值得一提的是，本书主要讨论的是宪政的制度安排，即什么样的制度安排能够实现宪政，能够有效地约束政府的权力，保护个人的自由。囿于主题和篇幅，本书并未专门论述确立宪政所需要的一些基础性条件——诸如宪政的民情基础等，但并不意味着这些条件不重要，相反，它们非常重要，也极其复杂，以至于需要专门的著述来讨论。这里不妨简单强调几句。根据托克维尔的说法，倘若没有适当的民情（mores）——人们的“心智习惯”（habits of heart and mind），即使一个国家将美国的宪法和法律制度完全复制过去，也很难确立一个宪政民主政体。[①] 也就是说，适当的民情是优良宪法和法律制度得以有效运作的前提和基础。强调民情决不意味着支持那种排斥学习和借鉴异域优良制度的“国情论”，而是为了说明优良制度的有效运作需要适当的土壤，如果不通过某种努力在一定程度上改变或改良这种土壤，借鉴而来的优良制度未必能够生根发芽。

有人说，有什么样的人民，就有什么样的政府。此话虽然显得有些刺耳，但从最终意义上讲，是有一定道理的，因为所有政府都是“人民”——这里的“人民”意味着一个社会中所有个人的总和——以某

① Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York：Vintage Books.

种方式建立或支持运转的，即使是那些专制政府；政府里面所有的人——所有公职人员，或者说，支持一个政府运转的所有的人，也都是“人民”的一部分。哪怕是再专制的政府，其运转也离不开无数人以这样或那样的方式的支持和帮助。如果没有人或者没有足够多的人支持它，它一天也存在不下去。所以，从这个意义上讲，凡是存在专制政府的地方，那里的“人民”是负有一定责任的。自由社会的基本前提是自我责任（self-responsibility），如果一个人没有学会对自己的行为负责，他是无法甚至不配享有自由的。从这个意义上讲，一个国家能否确立有限政府，在很大程度上取决于生活在这个国家的人是否热爱自由，以及是否愿意为了获得自由而付出一定的努力和代价。自由不会自动到来，自由的获得和保有也绝非一劳永逸。它需要人们对侵犯自由之举时刻保持高度的警惕。

第一章　宪法与立宪

宪法是人民行使其原初主权的行动结果。政府是宪法的创造物；它依据宪法产生和存在。宪法界定和限制它所创设的政府之权力。因之，自然且合乎逻辑的结果是，政府行使任何宪法未授予的权力都是篡权，因此是非法的。[①]

——托马斯·潘恩

① Paine, Thomas. 1945. *The Complete Writings of Thomas Paine*, Vol. 2. Ed. Philip S. Foner. New York：Citadel Press，p. 990.

一 宪法的性质

倘若人是天生自由的社会动物，那么他们面临着一个十分重要的问题：人们如何自由而和平地共处？政治理论家洛克主张，人们走出自然状态，进入政治社会并建立政府的目的是，保护个人的自由和财产。[1]然而，经验表明，政府一旦确立，极易异化为一个危险的“利维坦”，不仅不能保护个人的自由，反而还可能成为自由的最大敌人。那么，该如何走出这一困境？

长期的理论研究和经验考察表明，走出这一困境的主要办法是，建立一个政府，但是严格限制其权力，或者说，建立一个有限政府（limited government）。它意味着，政府的权力是有限度的，是有边界的，是受到约束的，不是任意和专断的。那么，靠什么来约束政府的权力呢？答案是：宪法。而“宪法”是什么？

---

① Locke，John. 1947. *Two Treatises of Government*. Ed. Thomas Cook. New York：Hafner Publishing Company.

从性质上讲，宪法是约束政府权力的基本组织原则，是确立一个有限政府的制度架构。根本而言，它是一个共同体组织或者构成的基本原则，决定了一个共同体是如何构成的，厘定了共同体成员之间的基本关系。宪法的目的旨在限制政府权力，保护个人的权利和自由。

任何共同体都有自己的组织原则，因而，任何共同体都可以确立自己的宪法。从这个意义上讲，宪法并非与“国家”密不可分。或者，换句话说，并非只有国家才有宪法。小到村镇社区，大到地区性联盟，甚至全球性的“联合国”等共同体，都有自己的宪法，不论其名字叫“章程”“公约”“宪章”抑或其他。尽管在单一制国家，往往只有或者只承认一部宪法，但在联邦制国家，则存在和承认若干部宪法。譬如，在美国，每个“州”都有自己的宪法，联邦也有自己的宪法，多个宪法在那里发挥着治理作用。[1]

其实，从历史上看，宪法的出现早于近现代意义的国家或民族国家（nation-state）。在很大程度上讲，宪法的起源至少可以追溯到中世纪——当时欧洲的很多城市或者城市共和国都有自己的宪法[2]，甚至可

---

① 其实，将美国的“State”译为“州”在一定程度上体现了单一制的思维方式，因为“State”本身即有“国家”之含义，恰当的译法或许是“邦”。同样，将“The United States of America”（美利坚合众国）简称为“美国”也很容易让人误以为它是“法国”或者“中国”意义上的“国家”，其实，它是众多（准）国家（“众国”）的联合体，是一个“联邦”或者“联盟”（这不能不让人联想到正在演化中的“欧盟”）。从这个意义上讲，用“美联邦”或者“美盟”这样的表达取代“美国”或许更加合适。但在本书中，为避免词语转换带来的混淆和不便，笔者仍从习惯译法。

② ［比利时］亨利·皮雷纳：《中世纪的城市》，陈国樑译，商务印书馆2006年版，第107—133页；［法］基佐：《欧洲文明史》，程洪逵、沅芷译，商务印书馆2005年版，第116—132页；基佐：《法国文明史》第四卷，沅芷、伊信译，商务印书馆1998年版；王建勋：《宪政的地方根源——兼论中国的宪政之路》，载蔡定剑、王占阳主编《走向宪政》，法律出版社2011年版，第215—235页。

以追溯到古希腊罗马时代。[①] 历史上著名的《大宪章》(1215年),就是25个英格兰贵族迫使约翰王签署的宪法。可见,宪法都并非现代国家或民族国家的产物,并非只有国家才有自己的宪法。那种认为只有国家才有宪法的看法,在很大程度上是受单一制民族国家影响的结果。

还有,尽管"宪法"一词更多地使用在政治共同体上,但其他类型的共同体,比如公司或者大学,也有自己的宪法——它们常常被称为"章程"。[②] 这些"章程"是公司或者大学的根本组织原则,具有宪法的基本特征。当然,其他社团或者组织也都可以有自己的宪法,确立如何构成的基本原则。

从契约论的角度讲,宪法是人们就共同体的基本架构达成的契约,反映了人们就共同体如何构造的基本共识。契约的基础是自愿同意和身份平等,这意味着,契约是平等的个体自愿达成一致的产物。这样,宪法可以被视为平等的共同体成员就其根本架构同意的结果,是共同体成员之间自愿达成的契约。从这个意义上讲,宪法必须经过共同体成员的同意,否则不具有正当性。[③]

应当指出,社会契约论常被经典理论家们用来论证政府或者国家

---

① McIlwain, Charles Howard. 2007. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Indianapolis, IN: Liberty Fund; Gordon, Scott. 1999. *Controlling the State: Constitutionalism from Ancient Athens to Today*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

② "章程"的英文是"charter",而中世纪很多城市的宪法和《联合国宪章》的名称也叫"charter"。

③ 汉密尔顿(Alexander Hamilton)指出:"美国的架构应当建立在**人民同意**(THE CONSENT OF THE PEOPLE)的牢固基础之上。全国性权力的溪流应当直接流自那个所有合法性权威的纯洁的、最初的源泉。"强调为原文所有。见 Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN: Liberty Fund, p. 112。

的起源，但这一解释进路常遭诟病，原因之一在于它与经验证据不符，政府或者国家的起源经常是战争、征服或是长期演化的结果。[①] 毋庸置疑，社会契约论的长处不在于论证政府或者国家的起源，而在于论证政府或者国家的正当性，在于论证宪法的合法性。也就是说，社会契约论的核心价值不在于其解释性（explanatory）指向，而在于其论证正当性（justificatory）特点。[②] 社会契约论的基本内核是同意，它意味着，未经人们同意而确立的政府或者宪法不具有正当性。[③] 这一思想对于近现代以来宪政民主政体的确立至关重要，尤其是北美殖民地和美利坚合众国的构建。

从法律的角度讲，宪法是一个共同体中的“根本法”（fundamental law）或者“高级法”（higher law）[④]，位阶和效力高于普通的法律。[⑤] 或

---

① 休谟和斯密是社会契约论的有力批评者，参见 Hume，David. 1987. *Essays，Moral，Political，and Literary*. Ed. Eugene F. Miller. Rev. ed. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 465-487；Smith，Adam. 1982. *Lectures on Jurisprudence*. Ed. R. L. Meek，D. D. Raphael，and P. G. Stein. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 200-215，314-325，401-437。

② Buchanan，James M. 1987. "The Constitution of Economic Policy"，*American Economic Review* 77(3)：243-250.

③ 关于“同意”在西方政治思想中的历史和作用，参见 Johnston，David. 2010. "A History of Consent in Western Thought"，in *The Ethics of Consent：Theory and Practice*，Ed. Franklin G. Miller and Allan Wertheimer，25-54. New York：Oxford University Press。

④ 关于“高级法”或者“根本法”的观念，参见 Corwin，Edward S. 2008. *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*. Indianapolis，IN：Liberty Fund；Thompson，C. Bradley. 2006. "James Madison and the Idea of Fundamental Law"，in *America and Enlightenment Constitutionalism*，ed. Gary L. McDowell and Johnathan O'Neill，243-263. New York：Palgrave Macmillan。

⑤ 亚里士多德已经认识到“宪法”和“法律”之间的区别，并指出法律必须合乎宪法，而非相反。见 Aristotle. 1962. *The Politics of Aristotle*. Ed. and trans. Ernest Baker. New York：Oxford University Press，p. 156。

者，换句话说，宪法是“法律的法律”“规则的规则”或者“元规则”。宪法的根本性不仅在于它为一个共同体的基本架构奠定了基础，确立了共同体成员之间共处的基本原则，厘定了公共权威的行动边界，为个人的基本权利和自由提供了制度保障，而且在于它是制定普通法律的依据和准则，所有与其抵触或者超越其授权的普通法律都是无效的。

宪法的根本法和高级法地位意味着，它在一个共同体内拥有最高效力，任何与它抵触的普通法律都无效。这种效力上的等级差别为违宪审查提供了可能。[①] 在一个联邦式的共同体内，由于存在多个层面的宪法，不同层面的宪法在各自的管辖范围内拥有最高效力，联邦宪法在整个联邦范围内就联邦的事务拥有最高效力，而每一个州的宪法则在本州内就本州事务拥有最高效力。这两种不同的“最高效力”并不矛盾，因为它们的适用范围和管辖权不同，联邦宪法只涉及事关整个联邦的事务，而州宪法则只涉及事关本州的事务。难怪在联邦体制下，尽管联邦有自己的最高法院，但各州也都有自己的最高法院。对于只涉及州事务的案件，州最高法院便是终局裁决之地，只有那些涉及联邦事务的案件，才会进入联邦法院系统。当然，州宪法不能违反联邦宪法的明确规定，因为联邦宪法是各州同意的产物。

应当指出，在19世纪之前，人们对宪法的理解基本上是确定和清晰的，它有着特定的含义：限制政府权力、保护个人自由的制度安排。这是一种实质意义上的对宪法的理解，并非任何一个共同体都有宪法，

---

① Dumbauld，Edward. *Judicial Review and Popular Sovereignty*，99 U. Pa. L. Rev. 197，199 (1950).

而且，并非任何一个叫“宪法”的文件都是真正意义上的宪法。但在20世纪之后，人们对宪法的理解发生了变化，它被用来指称任何一种政府形式，任何一种政府架构，无论政府的权力是否受到限制。这种理解认为，任何政府都有宪法，无论其多么专制。显然，这是一种对宪法的形式意义的理解。[①]

鉴于这种理解的混乱，美国政治学家萨托利（Giovanni Sartori）区分了三种不同类型的宪法：（1）保障宪法（garantiste constitution），这种宪法是名副其实的宪法，能够有效限制政府的权力、保护个人的自由，形式与实质一致。（2）名义宪法（nominal constitution），尽管这种宪法是政府如何组织的真实反映，但它反映的是无限政府的组织原则；因而，宪法只是名义上存在，但没有限制政府权力的作用。（3）门面宪法（façade constitution），也叫冒牌宪法（fake constitution），这种宪法不是政府如何组织的真实反映，是“假冒产品”；尽管它看起来跟真正的宪法一样，但它与现实世界完全是两回事，并不在现实生活中发挥任何作用；这样的宪法只是为专制统治装点门面，并不是为了限制权力。

在当今世界，对宪法的形式意义理解似乎已经“深入人心”，很多人都认为，即使那些专制的国家，也都有自己的“宪法”，无论它们是徒有虚名还是为了装点门面。尽管我们很难说这种对宪法的理解是错误的，但我们可以肯定，“宪法”的含义在人们的心目中已经发生了流

---

① Sartori，Giovanni. 1962. “Constitutionalism：A Preliminary Discussion”，*American Political Science Review* 56(4)：853–864.

变，那些曾经不被认为是宪法的文件或者制度在今天被人们称为宪法。对宪法进行形式意义理解的流行表达或许是，一个专制国家“有宪法而无宪政”。在这里，人们不知不觉地用“宪政”替代了前人所理解的“宪法”。

另外，学者们经常会对宪法进行“成文宪法”和“不成文宪法”的区分，将前者理解为具有形式上文本的宪法，将后者理解为不具有此种文本的宪法。美国是典型的成文宪法国家，而英国则是典型的不成文宪法国家。[①] 当然，宪法是否有效发挥限制权力的作用与它是否成文没有必然关系，尽管大多数宪政国家的宪法都是成文的。

最后，为了进一步阐明宪法的性质，在讨论了宪法是什么之后，我们有必要澄清一下宪法不是什么。首先，宪法不是统治者意志的体现，而是一个共同体全部成员的基本共识。宪法的目的不是保护一部分人、镇压另一部分人，而是保护一个共同体的所有成员。宪法不按照阶级把人们划分为“三六九等”，而是以自由和权利的平等为基本原则。

其次，宪法不是政党为了自身的统治而颁行的文件。从根本上讲，宪法与政党无关，因为它关心的是所有人的福祉，而非任何党派及其成员的利益。尽管政党被认为是现代民主政体的基本要素，但宪法决不（应）是任何政党意志的体现，否则，宪法必然是“偏颇”的。尽管在宪法之下，人们拥有结社自由，政党可以自行成立，但任何政党

---

① 不成文宪法国家或者邦州还有以色列、新西兰、圣马力诺（San Marino）以及加拿大的一些省等。

的意志都不能转化为宪法，任何政党都不能凌驾于宪法之上。

再次，宪法不是富国强兵或者维护社会稳定的工具，也不是实现特定社会经济目标的手段。相反，宪法的主要甚至唯一目的是限制政府的权力、保护个人的基本权利和自由。在一个限权宪法得到有效实施的国家，尽管可能会出现社会的繁荣与稳定，但它们不过是权力受到限制、个人获得自由的副产品或者间接结果。限权宪法的实施未必能导致一个国家的强大，但它能成就一个社会的自由。从历史上看，宪法的出现是为了建立一个自由社会（free society），在那里，政府的权力受到有效约束，个人的基本权利和自由受到良好保护。

二 立宪的逻辑

自由社会之实现，要求熟谙立宪的逻辑。宪法应当如何制定？由谁来制定？经过怎样的程序？立宪应当恪守什么样的原则？其实，严格来讲，宪法和法律并不是“制定”（make）出来的，而是“发现”（discover）出来的。在18世纪之前，甚至在今天的英美社会，人们认为法律是长期的习俗、惯例、道德、经验、传统等因素的总结，是长期演化的结果，不是一些人凭空杜撰或者炮制出来的，不是一些人根据某种程序为另一些人制定的规矩；立法不过是一个发现法律的过程，而不是一个制定法律的过程，法律本来就存在于人们的互动和生活经验中，立法过程不过是对这些本来就存在的规则进行确认、明晰和重述而已。[①] 从这个意义上讲，立宪的过程并不是脱离开人们的生活经验

---

① Hayek, F. A. 1982. *Law, Legislation and Liberty*, Vol. 1 : *Rules and Order*. London : Routledge & Kegan Paul, pp. 72–93 ; Hayek, F. A. 1972. *The Constitution of Liberty*. Chicago : Henry Regnery Company, pp. 162–175 ; Leoni, Bruno. 1991. *Freedom and the Law*. 3rd. ed. Indianapolis, IN : Liberty Fund.

炮制一部宪法，而是把人们在生活中互动的基本原则予以确认。宪法不是赋予了人们自由和权利，而是把人们本来就享有的自由和权利予以确认。不是因为宪法，人们才有了自由和权利，而是因为人们本来就享有那些自由和权利，才在宪法中将其明确规定下来。

因之，这里所说的宪法"制定"或者"立宪"，都只是意味着对人们社会生活中交往与互动基本原则的确认，都只是意味着对人们本来就享有的自由和权利的认可，只不过是把它们以某种较为清晰的方式确立下来而已，尽管结果经常是以某种文本展现出来。宪法制定或者立宪不是不顾人们生活经验的规则炮制，也不是赋予人们自由和权利的过程。简单地说，宪法制定或者立宪就是把人们对共同体制度构造的共识以及天赋的基本权利和自由确认下来而已。①

那么，宪法是由谁确立或者制定的呢？从法理上讲，立宪的主体是共同体的全体成员，或者，用一个时常引起误解的术语，那就是"人民"。必须指出，这里的"人民"不过是一个共同体中全体成员的简单相加，既不是一个独立于每个个人的抽象的集合概念，也不是一个与"敌人"相对的政治概念。②宪法与法律的一个重大区别在于，前者是由人民制定的，而后者是由人民的代表——议员——制定的。人民高

---

① 毋庸讳言，这里采纳了自然法（natural law）的权利观，与法律实证主义（legal positivism）的权利观适成对照。对自然法和自然权利的经典讨论，见诸阿奎那、洛克、霍布斯、格劳修斯、普芬道夫等理论家的著作；对自然法和自然权利的当代论述，参见 Finnis，John. 2011. *Natural Law and Natural Rights*. 2nd ed. New York：Oxford University Press。法律实证主义的倡导者主要为边沁、奥斯丁、凯尔森和哈特等，代表性的著作如 Kelsen，Hans. 1945. *General Theory of Law and State*. Trans. Anders Wedberg. Cambridge，MA：Harvard University Press；Hart，H. L. A. 1994. *The Concept of Law*. 2nd ed. Oxford：Clarendon Press。

② 除非有特别说明，本书中的"人民"一词均被理解为个人的简单相加。

于人民的代表，因而宪法的效力高于法律。麦迪逊（James Madison）曾说："美国人所熟悉的宪法与法律之间的重要区别，前者由人民确立且政府无权改变，后者由政府确立且政府可以改变，在任何其他国家都鲜为理解，也较少得到遵奉。"[①]

在很大程度上讲，宪法由人民制定是"主权在民"或者"人民主权"（popular sovereignty）的体现，如果"主权"概念仍有保留价值的话。[②]"人民主权"中的"人民"，同样应当被理解为个人的简单相加，而非独立于个人的抽象的集合。实际上，根本不存在这样的抽象物，正如不存在卢梭的"公意"（general will）一样，抽象意义上的"人民"和"人民主权"都只是拟制的结果或是想象的存在。从这个意义上说，"人民主权"不过是"个人主权"（individual sovereignty）或者"公民主权"（citizen sovereignty）[③]，个人拥有一些不可侵犯、不可让渡的基

---

① Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p .277.

② "主权"是政治思想史上一个颇为复杂且争议很大的概念，深入的考察需要专门的论述，这里的讨论几乎是蜻蜓点水式的。对于主权的早期论述，仍属博丹、霍布斯、卢梭等人的著作。对于"人民主权"观念的起源，见 Gierke，Otto. 1958. *Political Theories of the Middle Age*. Trans. Frederic William Maitland. Boston：Beacon Press，pp. 37-61；Morgon，Edmund S. 1988. *Inventing the People：The Rise of Popular Sovereignty in England and America*. New York：W. W. Norton & Company。

③ 关于"个人主权"和"公民主权"的观念，参见 Buchanan，James M. 2001. *The Collected Works of James M. Buchanan*，Vol. 18：*Federalism，Liberty，and the Law*. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 79-89；Vanberg，Viktor J. 2005. "Market and State：The Perspective of Constitutional Political Economy"，*Journal of Institutional Economics* 1(1)：23-49；2008. "On the Complementarity of Liberalism and Democracy：A Reading of F. A. Hayek and J. M. Buchanan"，*Journal of Institutional Economics* 4(2)：139-161；2011. "Liberal Constitutionalism，Constitutional Liberalism and Democracy"，*Constitutional Political Economy* 22(1)：1-20；Ostrom，Vincent. 2006. "Citizen-Sovereigns：The Source of Contestability，the Rule of Law，and the Conduct of Public Entrepreneurship"，*PS：Political Science & Politics* 39(1)：13-17。

本权利和自由，即使是以民主方式设立的政府也不得侵犯。

宪法由人民制定，并不意味着每个公民都亲自参与宪法的起草，此项工作完全可以甚至应该交给那些精通宪法的人士完成。这里体现出了“制定”和“起草”之间的差别，前者意味着表决、批准或者通过，具有法律意义上的约束力，而后者仅仅意味着准备一个草案，没有法律约束力，仅供具有表决权的人参考。当然，在一个规模较小的共同体内，全体成员参与起草宪法并非没有可能，但在数千万甚至数亿人的大共同体内，这种做法无论如何都缺乏可行性。因此，宪法起草工作经常是由一个委托、任命或者选举产生的专家小组来完成，其成员大多对宪法的性质、功能和制度安排较为熟悉甚至有精深的研究。

宪法的起草和批准环节应当区分开来的主要原因之一是，起草工作是一种专门性的活动，要求具有一定的专业知识，并非任何人都可参与起草。专业性知识的要求有助于确保宪法结构和制度安排的合理性，减少甚至避免逻辑和制度性的矛盾。譬如，在《美利坚合众国宪法》的起草者中，不少人都精通宪法和政治理论，诸如麦迪逊、汉密尔顿、威尔逊（James Wilson）、舍曼（Roger Sherman）、莫里斯（Gouverneur Morris）以及迪金森（John Dickinson）等。[①] 再如，1921 年《湖南省宪法》起草之时，聘请李剑农、王正廷、蒋百里等专家名士为起草委员。[②]

宪法起草完毕之后，应当交由全体民众进行充分的讨论和商议，需要几个月甚至更长的时间。鉴于宪法涉及每个人的基本权利和自由，

---

① 参加 1787 年“制宪会议”（Constitutional Convention）的 55 位代表中，34 人曾经研习过法律。

② 胡春惠:《民初的地方主义与联省自治》（增订版），中国社会科学出版社 2011 年版，第 145 页。

只有进行了充分的讨论之后方可进行投票表决。表决方式至少有两种不同的选择：一种是选举专门的制宪代表，召开制宪会议[①]，由这些代表们对宪法草案投票表决；另一种方式是进行全民公决，由全体民众对宪法草案进行投票表决。这两种方式各有特色，前者类似于“间接民主”（代议制），后者则有“直接民主”的意味；前者或许交易成本较低，后者则给了每个人直接参与表决的机会。

无论是采取哪一种批准宪法的方式，都需要考虑表决的规则问题。大致说来，表决的规则有简单多数决（simple majority rule）、超多数决（supermajority rule）以及全体一致同意（unanimous rule）等。从逻辑和理论上讲，对于参与集体行动的个人而言，任何集体决策或者表决规则都涉及两种成本：一种是外部成本（external cost），一种是交易成本（transaction cost）。前者意味着外部施加的成本，即个体不得不接受集体行动的表决结果；后者意味着为了达成协议而进行的讨价还价。[②] 对于任何一种集体决策而言，都需要同时考虑这两种成本，而这种考虑在一定程度上决定了表决规则的选择。

在集体行动的规模给定的情况下，简单多数决的特点是，外部成本较高，而交易成本较低。因为在这种表决规则下，只要超过 50% 的参加者同意即可使决策获得通过，不同意者即使达到 49% 也必须接受表决的结果，所以外部成本是比较高的。然而，这种表决规则也意味

---

① 严格来讲，人们常说的美国 1787 年“制宪会议”并非“制定”宪法的会议，而是“起草”宪法的会议，因为那次会议上起草的宪法草案只有在经过了各州批准之后才有法律上的约束力。

② Buchanan, James M. and Gordon Tullock. 1962. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, pp. 43-46.

着交易成本较低，因为达成协议的难度较小，或者说要求较低。对于超多数决而言，外部成本比简单多数决要低，但交易成本则比它要高。而全体一致同意的表决规则，外部成本降到最低点（零成本），因为没有任何人被迫接受集体决策的结果，但是，这种表决规则的交易成本也达到最高点，因为达成一致的难度比其他表决规则都要大，需要所有参加者的同意。可以说，如果不考虑交易成本的话，全体一致同意是最为理想的表决规则，因为没有人受到强制。

但是，现实生活中的集体行动必须同时考虑这两种成本。从理论上讲，一个大致的集体决策原则是，越是重要的决策，越应当要求外部成本较低的表决规则，因为自愿同意增强了决策的合法性和正当性。对于宪法这样具有根本性的规则，表决的规则越接近全体一致同意越理想，如果全体一致同意的成本实在太高，就采用某种形式的超多数决，比如六分之五、四分之三或者三分之二等。对于宪法的表决，一般不宜采用简单多数决，因为这种表决方式的外部成本较高，很多人被迫接受他人的决策，降低宪法的合法性和正当性。

当然，对于宪法表决规则的选择也需要考虑集体行动的规模。如果是通过制宪会议的方式进行投票，规模相对较小，表决规则的要求应当较高，至少需要某种形式的超多数决，甚至可以采纳全体一致同意。但是，如果通过全民公决的方式进行投票，规模相对较大，表决规则的要求不得不降低，甚至可能被迫降到简单多数决，因为全民参与的方式交易成本较高，容易导致久拖不决的后果。倘若全民公决的情况下，仍然要求超多数决或者全体一致同意，可能长期无法通过

宪法。

从性质上讲，宪法的修改与制定一样，因此，修改的程序和要求应当与制定大致甚至完全一样。其实，修改在很大程度上就意味着创制，修改权就是某种意义上的创制权，当一部宪法的主要内容被修改之后，就等同于重新制定了一部宪法。因之，不应该将宪法的修改与制定看成两回事，更不应该从程序上降低对宪法修改的要求。

值得强调的是，无论是宪法的制定还是修改，都不应当由普通的立法机关或者议会进行。立法机关有制定和修改（普通）法律的权力，但决没有制定或者修改宪法的权力。宪法和法律在性质上存在着根本的不同，宪法系由人民制定和修改，而（普通）法律则由人民的代表（议员）制定和修改。倘若由立法机关同时制定和修改宪法和法律，则宪法和法律之间的根本区别就无法区分开来，宪法和法律的性质将被混同，违宪审查将不再可能，或者说，将在逻辑上和程序上行不通。违宪审查的可能性基于这样一个原理：人民高于人民的代表，宪法的效力高于法律。由立法机关制定或者修改宪法，违反立宪的逻辑和原则，没有合法性和正当性。

尽管宪法的制定和修改可以通过选举专门的制宪代表的方式来进行，但这些代表与立法机关的成员不同。制宪代表是专门为制宪而选举产生的，而立法机关的成员是为制定法律而选举产生的，两者在选举的程序和规则方面都存在着或许是根本性的差别。对于制宪代表，在选举程序方面通常会有更高的要求，人们在投票时也会更加慎重，因为这些代表的所作所为事关自己的基本权利和自由，事关共同体的

未来。但对于议员，选举程序的要求则要低一些，人们在投票时顾虑也会减少，因为议员们必须在宪法的框架下活动，而且任期都很有限，罢免也较为容易。一般而言，制宪代表在完成制定或者修改宪法的任务之后就自行终止了代表资格，而议员们则有固定的任职时间，而且可以连选连任。

需要指出的是，在单一制社会里与联邦制社会里，宪法的制定和修改方式通常存在着很大的差别。在单一制社会里，宪法的制定和修改通常通过单一的制宪会议或者全民公决来进行，但在联邦制社会里，宪法的制定和修改通常需要经过各邦或者州的批准。譬如，《美利坚合众国宪法》就是由最初的 9 个州批准后生效的，并且只在批准的州生效[①]；其修改是由国会两院三分之二的议员提议，或者由三分之二的州的立法机关申请召开修宪会议，由四分之三的州的立法机关或者四分之三的州的修宪会议批准。[②] 无论如何，国会都没有权力制定或者修改宪法，只有提议修改的权力。

---

① Article VII of The Constitution of the United States of America:"The Ratification of the Conventions of Nine States, shall be sufficient for the Establishment of this Constitution between the States so ratifying the Same ……"

② Article V of The Constitution of the United States of America : "The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as Part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress ; Provided that no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article ; and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate."

三 宪法的文本

尽管宪法既可以是成文的，也可以是不成文的，但近现代以来，成文宪法成为世界的主流，各国大多倾向于将宪法的主要内容形成书面文本。那么，成文宪法中应当写入什么样的内容呢？宪法文本的撰写是否需要恪守某些原则呢？

对于宪法的草拟来说，首先需要明确的是，并非宪法中可以写入任何内容。宪法中应当或者不应当写入什么，需要遵循立宪的原理和原则，需要考虑宪法的目的和意旨，需要考虑文本自身的逻辑和结构。宪法的目的旨在限制政府的权力，保护个人的基本权利和自由。那么，宪法文本的内容应当紧紧围绕如何限制政府权力和保护个人基本权利与自由做文章，一切与此无关甚至冲突的内容都不应该规定在宪法中，否则，不仅会造成宪法文本的混乱，影响宪法的适用，而且会挫败宪法的目的，背离立宪的初衷。

从结构上讲，宪法文本的内容主要包括两个部分：一是关于政府

的架构；一是关于个人的基本权利和自由，亦即“权利法案”（Bill of Rights）。前者主要是规范政府机构的组织、产生和运作方式，为政府的权力厘定边界，划定权力机构的职权范围，对不同权力机构之间的关系做出安排；后者主要是对个人的一些基本权利和自由的明确列举，并包括权利保留的基本条款。就政府的架构而言，宪法的主要任务是做出双重分权的制度安排，即横向的分权（三权分立）和纵向的分权（联邦主义），在立法、司法和行政机关之间以及全国性政府和地方政府之间进行权力分立和相互制衡的制度安排。[①]就“权利法案”而言，宪法的主要任务是将部分基本权利和自由明确无误地写入文本，诸如言论自由、结社自由、宗教自由、财产权等，禁止政府侵犯。

应当指出，在早期的立宪史上，“权利法案”并不被认为是宪法的必要内容。比如，在起草《美利坚合众国宪法》时，美国“国父”中的一些人主张宪法中不必规定专门的“权利法案”，认为这不仅没有必要，而且还有潜在的危险，因为倘若在宪法中列举一些基本权利和自由，难免留有例外，而这可能成为掌权者侵犯它们的口实和借口。[②]因此，《美利坚合众国宪法》最初并没有规定“权利法案”，而这遭到了宪法起草者诸如乔治·梅森（George Mason）以及不少“反联邦主义者”

① 为何要进行这种双重分权是下文以及本书要讨论的核心内容，这里暂不论证。

② Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 442–451.

（anti-federalists）① 的激烈反对，后来，麦迪逊草拟了“权利法案”，并于 1791 年获得各州批准，成为宪法的前十条修正案。②

对于政府架构的规范，宪法在文本上应当体现出权力的有限性和列举性（limited and enumerated powers）的基本特点。无论就整个政府的权力而言，还是就每一个政府机关或者每一个层级政府的权力而言，都是有限的，而非无限的，因为宪法的目的正是建立一个有限政府，而非无限政府。并且，这些权力都在宪法中明确列举，任何机关或者个人都不得行使没有列明的权力。列举的好处之一是一目了然，当掌权者行使没有列举的权力时，比较容易被发现。当然，权力的列举并非意味着不需要任何解释，也不意味着在任何情况下都不会产生分歧。

① 国内学者常把美国立宪时期的 federalist 和 anti-federalist 译为“联邦党人”和“反联邦党人”，把 1787—1788 年汉密尔顿（Alexander Hamilton）、麦迪逊（James Madison）和杰伊（John Jay）撰写的 *The Federalist* 或 *The Federalist Papers* 译为《联邦党人文集》（比如商务印书馆 1980 年版的程逢如、在汉、舒逊译本）。其实，此时的 federalist 和 anti-federalist 并非政党，只是支持和反对联邦主义的人士。为了与美国 1790 年代形成的以汉密尔顿和亚当斯（John Adams）等为首的“联邦党”[Federalist Party；反对党为“民主共和党”（Democratic-Republican Party），领袖人物为杰斐逊（Thomas Jefferson）、麦迪逊等]区分开来，这里以及下文将立宪时期的 federalist 和 anti-federalist 译为“联邦主义者”和“反联邦主义者”，将 *The Federalist* 或者 *The Federalist Papers* 译为《联邦主义文集》。值得一提的是，有学者注意到了美国立宪时期“联邦党人”等译法可能造成的混淆，将 *The Federalist Papers* 译为《联邦论：美国宪法述评》（尹宣译，译林出版社 2010 年版）。笔者偏好译名《联邦主义文集》，是因为《联邦论》的译法很难把作为一种政治思想和观念的“联邦主义”体现出来。

② 在一封 1789 年 3 月致麦迪逊的信中，托马斯·杰斐逊陈述了联邦宪法中应当包括“权利法案”的理由：（1）宪法忽略了一些重要的内容，为了保护人们的权利不被联邦立法和行政机关侵犯，有必要增加“权利法案”；（2）尽管“权利法案”难免挂一漏万，但聊胜于无；如果我们不能保护所有的权利，那就保护我们能够保护的；（3）州政府与联邦政府之间的互相牵制，依赖“权利法案”作为判断对方僭越权力的原则基础；（4）有“权利法案”带来的不便远远小于没有它带来的不便。见 Jefferson，Thomas. 1904. *The Works of Thomas Jefferson*，Vol. V. Ed. Paul Leicester Ford. New York：G. P. Putnam's Sons，pp. 461-464。

但是，列举无论如何都缩小了解释的范围，减小了产生巨大分歧的可能性。

对于个人基本权利和自由的列举也具有同样的效果。尽管在宪法中列入哪些基本权利和自由可能会存在不同看法，但人类的经验表明，言论自由、结社自由、宗教自由、财产权、持枪权、获得律师辩护的权利等重要的权利和自由，不可不写入宪法。毋庸置疑，将它们写入宪法，并不意味着它们当然会受到保护，也不意味着人们对其含义不会存在分歧。对它们的恰当理解和有效保护，离不开宪法中政府架构部分的落实和司法机构的努力等因素。但无论如何，将这些基本权利和自由写入宪法，不仅是个人基本权利和自由的明确宣示，而且是阻遏政府权力公然侵犯的一道屏障。

明确了宪法文本应当规定的内容之后，还应该讨论一下宪法中不需要规定的内容。宪法中不需要直接规定公民或者个人的义务。从根本上讲，宪法的目的是限制政府的权力、保护个人的自由和权利，也就是说，宪法是为了约束和防范政府，而不是为了约束和防范个人。宪法的功能是为政府划定边界，因此，宪法只为政府设定义务，只为个人设定权利；只有政府才会违反宪法，个人不会违反宪法，或者说，个人不是违反宪法的主体，没有资格违反宪法。这在美国宪法上被称为“政府行为原理”（state action doctrine），即只有政府行为才会违反宪法，私人行为是不会违反宪法的，私人不能成为违反宪法的主体，

私人之间的权利侵犯不是一个宪法问题。[①]

当然，德国等国家发展出了宪法的“第三人效力”或者“间接效力”理论，将宪法间接地适用于私人。根据该理论，宪法的效力并非直接对私人发挥作用，而是间接地通过法院对私法的适用作用于私人，即普通法院在适用私法时负有遵守宪法的义务，否则法院的裁决可能构成违宪。也就是说，宪法法院通过裁决普通法院的判决违宪迂回地使宪法的效力及于私人。[②]其实，这种理论只是要求法院遵守宪法，并未给私人设定宪法上的义务，在这里，违宪的主体仍然是政府的一个部门——法院，而非私人。

其实，倘若宪法中规定个人的义务，将会面临一个难以避免的困境。如果一个人没有履行宪法上的义务，他（她）就违宪了。然而，宪法中一般不规定对个人的处罚，因为它只是禁止政府颁行某些法律或者做出某种行为，因此，个人违宪之后的责任承担便成了问题。譬如，如果宪法上规定了个人的纳税义务，那么，当其拒绝纳税因而违反此项义务时，他（她）该承担什么样的宪法责任呢？或者，他（她）

---

① 关于这一原理的历史和发展，参见 Buchanan，G. Sidney，*A Conceptual History of State Action Doctrine：The Search for Governmental Responsibility*，34 HOUS. L. REV. 334，665 (1997)；*Developments in the Law：State Action and the Public/Private Distinction*，123 HARV. L. REV. 1248 (2010)。对该原理的批评和质疑，参见 Black，Charles L.，Jr.，*Foreword："State Action"，Equal Protection, and California's Proposition 14*，81 HARV. L. REV. 69 (1967)；Gary Peller & Mark Tushnet，*State Action and a New Birth of Freedom*，92 GEO. L. J. 779 (2004)。从民主角度对这一原理的解读，参见 Huhn, Wilson R. *The State Action Doctrine and the Principle of Democratic Choice*，34 HOF. L. REV. 1379 (2006)。

② Kumm，Mattias *Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*，7 German Law Journal 341(2006)；Quint，Peter E. *Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory*，48 MD. L. REV. 247 (1989).

该受到什么样的宪法处罚呢？显然，宪法无法给其设定任何责任或者处罚，因为它只能使政府的法律和行为归于无效。从这个意义上讲，纳税、服兵役等任何针对个人的义务都不适合写入宪法，而只能规定在民法、刑法等普通法律中。宪法防范的对象只是政府，而普通法律防范的对象既包括政府，也包括私人。实际上，在很大程度上讲，宪法防范的对象只是抽象的政府行为，尤其是立法机关制定的法律。

宪法中除了不需要写入公民的义务之外，也不应当规定“积极权利”（positive rights），只能规定“消极权利”（negative rights）。其实，严格来讲，“积极权利”并不是法律意义上的“权利”——他人只负有消极不干涉之义务，而是福利国家意义上的“福利”——他人或者政府负有积极作为之义务。将它们写入宪法不仅在法理上说不通，而且与宪法的目的龃龉。①

还有，宪法中一般不会规定具体的经济制度，因为它们不仅与宪法的目的无关，而且经常随着社会政治环境甚至决策者的变化而发生变化。宪法的目的不是为了发展经济或者促进经济的繁荣，而是为了保护个人的自由和权利。倘若在个人自由和权利受到良好保护的国家

---

① Cross，Frank B. *The Error of Positive Rights*，48 UCLA L. REV. 857 (2001)；Antonio Carlos Pereira-Menaut，*Against Positive Rights*，22 VAL. U. L. REV. 359 (1988). 令人不解的是，桑斯坦（Cass R. Sunstein）教授认为正处于宪政转型阶段的国家不应该在宪法中规定积极权利，但那些已经确立了宪政的发达国家似乎可以规定。见 Sunstein，Cass. 1993. *Against Positive Rights：Why Social and Economic Rights Don't Belong in the New Constitutions of Post-Communist Europe*. 2 E. EUR. CONST. REV. 35。后来，桑斯坦又与其合作者霍姆斯（Stephen Holmes）主张，所有的权利都是积极权利。见 Holmes，Stephen and Cass R. Sunstein. 1999. *The Cost of Rights：Why Liberty Depends on Taxes*. New York：W. W. Norton & Co，p. 43。

出现了经济繁荣，那也只是宪法目的得以实现的副产品，或者说，那不过是自由的人们充分释放能量的结果。尽管宪法的有效实施与经济发展——尤其是长期的、可持续的经济发展——之间有着密切关系[①]，但经济发展并不是人们制定宪法的目的，经济制度和政策不应规定在宪法之中。将经济政策写入宪法的后果是，人们在经济领域自由选择的机会被剥夺了，而且，经济政策的朝令夕改，极大地损害了宪法的稳定性。

另外，宪法中也一般不会写入政党和特定的意识形态。尽管现代政治被认为系政党政治，但宪法与政党之间并没有必然关联。宪法不是某一党派制定的，而是人民制定的；不是某一党派意志的体现，而是全体民众意志的体现。党派是政治活动的产物，宪法并不关心哪一个党派成为执政者，而是确立政治活动和政治竞争的基本原则。在很大程度上讲，党派是人们行使结社自由的结果，宪法只需确保该项自由受到保护即可。宪法确保政治生活是一个开放的竞争平台，任何党派或者个人都不能凌驾于宪法之上。

宪法不是某种意识形态的反映或是众多意识形态的大杂烩，而是人们就构建有限政府而达成的基本共识。在现实生活中，人们信奉各种各样的意识形态，拥有各种各样的政治偏见，指望他们在意识形态上达成一致极为困难，甚至是不可能的一件事。宪法的目的并非让人们在意识形态上达成一致，而是让人们超越意识形态，寻求更为根本

---

① 参见王建勋《宪政与发展：一个初步考察》，载《洪范评论》第12辑，生活·读书·新知三联书店2010年版，第1—49页。

的共识，这种共识能够容纳纷繁多样的意识形态，让它们和平共处、自由竞争。在宪法中写入定某种特定的意识形态，可能会伤害其他的意识形态，而这是对个人自由和权利的侵犯。宪法的目的和功能不是促进任何一种“主义”，而是包容多种“主义”的存在，允许思想和观念上的多元主义。

四 宪政的意涵

简言之，宪政是一种限制政府权力、保护个人基本权利和自由的制度安排和思想观念。宪政也意味着一种特定的治理状态，一种限权宪法（limited constitution）得到有效实施的状态——在这种状态下，政府的权力是有限的，个人的基本权利和自由受到良好的保护。[1] 在很大程度上讲，宪政的核心在于限制权力，而迄今为止，人类发现限制权力的有效方式是分权，包括横向的分权和纵向的分权。前者亦称“三权分立”（separation of powers），意即立法、司法和行政权力之间各自分立并相互制衡；后者亦称“联邦主义”（federalism），意即全国性政府和地方政府各自分立并相互制衡。

① 维尔（M. J. C. Vile）曾经指出，宪政意味着特定的制度安排——能够有效地限制政府的权力，且这种制度安排可以实现特定的目的——捍卫一些重要的价值。这就引入了一个规范因素（normative element），它基于这样一种观念——能够证明特定的制度安排和重要价值的守护之间存在着关联。见 Vile，M. J. C. 1998. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 8–9。

可见，宪政的关键是分权制衡。分权制衡的原则和思想使限制权力成为可能，使建立有限政府的目标得以实现。分权制衡的机理在于以权力制约权力，这样的安排使得任何一种权力都不是至高无上的，使得任何一种权力都有边界，并受到来自其他权力的制约和对抗。横向的分权制衡使得三种不同性质的权力之间相互牵制，纵向的分权制衡使得不同的政府之间互相掣肘。这种双重的分权制衡可以有效地约束权力的行使和防止权力的滥用，为个人自由和权利的保障提供一种“双重安全阀”（double security）。[①]

宪政的要义在于确立一个有限政府。它意味着政府的权力是有边界的，其行使受到严格的限制，且以保护个人的自由和权利为目的。这种政府的权力不是天生的也不是神授的，而是来自于共同体的成员，来自于每一个个人，来自于他们的授权。因此，其目的甚至唯一目的，就是保护个人的自由和权利。政府没有，也不应当有，任何独立于个人之外的利益，它所做的一切都不过是为了保护个人的利益。洛克指出，人们走出自然状态，进入政治社会并设立政府的主要目的，是保护他们的“财产”（property）——这里的“财产”是广义的，包括生命、自由和物质财富。[②]

① Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 270.

② Locke, John. 1947. *Two Treatises of Government*. Ed. Thomas Cook. New York : Hafner Publishing Company, p. 184.

在很大程度上讲，宪政意味着对国家的控制[①]，意味着为国家的行动划定边界[②]，甚至意味着，建立一个诺齐克（Robert Nozick）意义上的"最小国家"（minimal state）。[③]其主要甚至唯一的职能是，防止个人的自由和权利受到侵犯，执行契约、阻遏暴力，确保正义的实现。尽管无政府状态难以防止个人受到伤害，但国家行动范围过大同样会构成对个人自由和权利的威胁，甚至自国家出现之后，它几乎成了个人自由和权利的最大敌人，因为它掌握着强大的暴力机器。近现代以来，尤其是在过去的两个世纪，国家常常借助于民族主义、民粹主义以及形形色色的集体主义，践踏个人的自由和权利。"国家的神话"[④]造就了神化的国家，以致它成为个人头上的魔咒，掌控着个体和社会的命运，甚至演变为推行极权主义和全能主义的机器。

宪政是控制"利维坦"的制度装备和思想武器，甚至在某种意义上说，宪政是反国家的，提防国家的行动范围过大，提防国家的触角伸得太长。国家的任务不是进行再分配或者介入经济生活，不是提

---

① Gordon，Scott. 1999. *Controlling the State：Constitutionalism from Ancient Athens to Today*. Cambridge，MA：Harvard University Press.

② Humboldt，Wilhelm von. 1993. *The Limits of State Action*. Ed. J. W. Burrow. Indianapolis，IN：Liberty Fund.

③ Nozick，Robert. 1974. *Anarchy，State，and Utopia*. New York：Basic Books. 值得一提的是，何怀宏先生等人的中译本将 minimal state 译为"最弱意义的国家"，容易让人误以为与一些理论家讨论的"强国家或者弱国家"（strong states or weak states）有关。见［美］罗伯特·诺齐克《无政府、国家与乌托邦》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 1991 年版。后来，姚大志先生的中译本译为"最低限度的国家"，似乎也难以传达出国家行动范围的最小特点。见［美］罗伯特·诺奇克:《无政府、国家和乌托邦》，姚大志译，中国社会科学出版社 2008 年版。

④ Cassirer，Ernst. 1946. *The Myth of the State*. New Haven：Yale University Press.

供福利国家意义上的“福利”，不是实现所谓的“社会正义”（social justice）或者“分配正义”（distributive justice），因为这样做将侵犯个人的自由和权利，缺乏伦理上的正当性，背离国家存在的目的。[①] 宪政的功能正是要限制国家活动的范围，限制国家越界和膨胀。

从广泛的意义上讲，宪政是一种生活方式，一种解决问题的方法。宪政可以确保人们自由而和平地共处，确保人们理性地对话和交往，确保人们建设性地解决纷争。宪政最大限度地保护个人的基本权利和自由，并在此基础上确保人们达成和平相处的共识，或者说，宪政最大限度地尊重个体的价值和选择，并在此基础上确保他们构建和平的公共生活。宪政将个人与社会恰当地结合在一起，将自由和秩序完美地交融在一起，将私人领域与公共领域清晰地区分开来，又使它们保持着千丝万缕的联系。在宪政社会里，个人是自由的，但以不损害他人的自由和权利为前提，正如约翰·密尔提出的“不伤害原则”（no harm principle）[②]；同时，个人的自由也不受公共权力的侵害，公共权力的行使以保护个人的自由和权利为依归。

宪政的思想观念和制度尝试由来已久，尽管直到近现代英美政体构建过程中才渐趋成熟。在古希腊罗马时代，理论家和实践者们洞察到君主制、贵族制、民主制等各种纯粹治理模式的缺陷，提出并

---

① Hayek, F. A. 1982. *Law, Legislation and Liberty*, Vol. 2 : *The Mirage of Social Justice*. London : Routledge & Kegan Paul. Nozick, Robert. 1974. *Anarchy, State, and Utopia*. New York : Basic Books, pp. 149–231. Jouvenel, Bertrand de. 1990. *The Ethics of Redistribution*. Indianapolis, IN : Liberty Fund.

② Mill, John Stuart. 1956. *On Liberty*. Ed. Currin V. Shields. Indianapolis, IN : Bobbs-Merrill Company, Inc.

在一定程度上试验了“混合宪法”（mixed constitution）或者“混合政体”（mixed government），以期保持政体的稳定和共同体的自由。[①]在共和时期的罗马，尽管尚未出现三权分立的观念，但人们认识到不同阶层的利益需要平衡，设计了元老院、执政官和平民大会代表三种不同利益的机构，以实现权力之间的平衡（balance of powers）。[②]在麦基尔文（Charles Howard Mcilwain）看来，古罗马的宪政具有某些现代特征，在那里，人民并且只有人民，被认为是所有法律的渊源；公法与私法的区分和关联对于罗马宪政的发展意义重大，而其对后世的影响不可低估；罗马法和罗马政治制度的精神是宪政，而非绝对主义（absolutism），尽管罗马的共和制后来蜕变为帝制。[③]

中世纪的宪政与欧洲城市和城市共和国的兴起密切相关，它们的“宪章”或者“特许状”（charters）构成了那个被错误地称为“黑暗时代”的一道亮丽风景。与其他时代相比，中世纪并不黑暗，甚至可以用“光明”来形容，因为它孕育了近现代意义上宪政的萌芽。那个时代的欧洲兴起了数千个大大小小的城市和城镇，诸如威尼斯、佛罗伦

① Aristotle. 1962. *The Politics of Aristotle*. Ed. and trans. Ernest Baker. New York：Oxford University Press，pp. 154–188；Cicero，Marcus Tullius. 1976. *On the Commonwealth*. Trans. George Holland Sabine and Stanley Barney Smith. Indianapolis，IN：Bobbs-Merrill Company，Inc，p. 151；Greenidge，A. H. J. 1914. *A Handbook of Greek Constitutional History*. London：Macmillan and Co，pp. 74–121；Gordon，Scott. 1999. *Controlling the State：Constitutionalism from Ancient Athens to Today*. Cambridge，MA：Harvard University Press，pp. 80–84.

② Wirszubski，Ch. 1950. *Libertas as a Political Idea at Rome during the Late Republic and Early Principate*. Cambridge：Cambridge University Press，pp. 17–24.

③ Mcilwain，Charles Howard. 2007. *Constitutionalism：Ancient and Modern*. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 39–60.

萨、巴黎、伦敦等，它们从国王和领主那里争取到了特许状，确认市镇政府的组织结构以及市民的基本权利和自由。这些特许状就是它们的宪法——最早的成文宪法。从此以后，城市的地位得到了书面证书的保证和认可。[①] 至 12 世纪时，欧洲的大量市镇都获得了特许状，市镇自治成为普遍的事实。[②] 即便是那些没有成文特许状的市镇，也被人们普遍认为具有确立政府组织和市民权利的基本法。[③]

中世纪的城市特许状具有近现代宪政的一些基本特征。比如，城市特许状在政府组织结构方面的规定在某种程度上体现了限制权力和分权制衡等基本原则。一般而言，市镇政府的权力受到限制，且通常被分为行政、立法和司法部门，三权之间存在一定程度的相互制约。[④] 很多特许状还规定了市民的一些基本权利和自由，比如不受非法逮捕的权利（人身自由）、同僚审判权（judgment by peers）、持有武器权等。[⑤] 中世纪流行的谚语是："城市的空气使人自由"（Die Stadtluft macht frei.）。农奴只要逃往城市并在那里住满一年零一天后便可以获得自由，

---

① ［比利时］亨利 · 皮雷纳:《中世纪的城市》，陈国樑译，商务印书馆 2006 年版，第 120 页。

② ［法］基佐:《欧洲文明史》，程洪逵、沅芷译，商务印书馆 2005 年版，第 141 页；Reynolds, Susan.1977. *An Introduction to the History of English Medieval Towns*. Oxford：Clarendon Press，p. 91。

③ Berman，Harold J. 1983. *Law and Revolution：The Formation of Western Legal Tradition*. Cambridge，MA：Harvard University Press，p. 396.

④ ［美］汤普逊:《中世纪经济社会史（300—1300）》下卷，耿淡如译，商务印书馆 1963 年版，第 426 页；Berman，Harold J. 1983. *Law and Revolution：The Formation of Western Legal Tradition*. Cambridge，MA：Harvard University Press，p. 396。

⑤ Berman，Harold J. 1983. *Law and Revolution：The Formation of Western Legal Tradition*. Cambridge，MA：Harvard University Press，pp. 396–397；Reynolds，Susan. 1977. *An Introduction to the History of English Medieval Towns*. Oxford：Clarendon Press，pp. 100–101.

成为自由民。[①]

当然，从根本上讲，宪政是近现代的产物，尤其与英美的历史密不可分。尽管英国的宪政可以追溯到《大宪章》，尽管有限君主制（limited monarchy）在英国有着悠久的历史，但直到 16、17 世纪之后，随着代议制度的发展和司法独立的成长，王权才受到了相对有效的制约。1688 年的“光荣革命”及其孕育的《权利法案》巩固了英国的宪政，有限政府的架构基本得以确立，个人的自由和权利受到较好的保护，尽管成文宪法从来没有成为英国的选择。后来，英国的宪政一直是在修修补补中前行，但到了 18 世纪末，其影响已被其殖民地——美国取而代之。

美国是宪政得以成熟或者完善的地方。尽管这一过程常被认为始自它反抗宗主国的斗争，并在《美利坚合众国宪法》诞生之时达到顶峰，但实际上，美国的宪政远远早于 1787 年甚至 1776 年，它在殖民地时代就打下了坚实的基础。1787 年的联邦宪法不仅确认了殖民地的宪政实践，而且第一次将分权制衡原理清晰地写入其中，将美国宪政建立在双重分权的基础之上。三权分立和联邦主义构成了美国宪政的核心，“权利法案”则在一定程度上充当了美国宪政的灵魂。

在很大程度上讲，美国宪政是确立有限政府的典范。它不仅是“深

---

① ［比利时］亨利 · 皮雷纳:《中世纪的城市》，陈国樑译，商务印书馆 2006 年版，第 122 页;［法］基佐:《法国文明史》第四卷，沅芷、伊信译，商务印书馆 1998 年版，第 28 页; Berman，Harold J. 1983. *Law and Revolution : The Formation of Western Legal Tradition*. Cambridge，MA : Harvard University Press，p. 396。

思熟虑和自由选择”（汉密尔顿语）[①] 的产物，而且开创性地确立了双重分权的制度安排，精心设计了限制权力的政治架构，将有效保护个人的基本权利和自由奉为根本目标。对于谋求宪政或者处于宪政转型过程中的社会而言，美国的宪政经验和制度设计无疑是值得认真对待和借鉴的。在某种意义上讲，美国宪政不只是“美国”的，而是人类的，是人类社会有史以来无数代人政治智慧的结晶。那些被称为“国父”的理论家和实践家们在型塑美国宪政的时候，认真研究了人类历史上各种政治架构的利弊得失，并在此基础上设计了史无前例的联邦共和政体，开创了前所未有的“伟大试验”（托克维尔语）[②]，以期保住来之不易的自由。

在结束本节的讨论之前，有必要对“宪政”与“民主”“共和”“法治”等概念之间的区别与联系略加说明。[③]“民主”在今天通常被理解为投票、选举或者多数决（majority rule），即由多数人说了算的一种决策方式。然而，根据托克维尔的说法，民主意味着自治（self-governance），意味着每个人都是他自己的主人，意味着人们自主治理社会，他说：“社会为了其自身而自治。”[④]“国家”“政府”或者“政党”

---

① Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 1.

② Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York : Vintage Books, p. 25.

③ 对“民主”“共和”“宪政”三者之间区别与联系的详细讨论，见刘军宁《共和·民主·宪政——自由主义思想研究》，上海三联书店1998年版，第102—135页。

④ Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York : Vintage Books, p. 57.

统治，都不是民主，多数人统治少数人也不是民主。相反，民主意味着人民统治，意味着自主治理（self-rule）和共同治理（shared rule），意味着每个人自主治理私人事务，并与他人共同治理公共事务。从根本上讲，民主社会是一个自治的社会，在这种社会里，人与人之间的关系不是统治与被统治的关系，而是自主共同治理的关系，权力的行使不是凌驾于某人之上（power over…），而是与他人分享（power with…）。[①]

自治不仅包括直接治理，比如直接参与决策，而且包括间接治理，比如通过选举代表间接参与决策、通过行使言论自由影响决策等。自治不仅包括个体意义上的自治，而且包括共同体意义上的自治。实际上，共同体的自治必须建立在个人自治的基础之上，没有个人自治，根本谈不上共同体自治，因为个人是共同体的基础。那种只强调共同体自治但是拒绝或者否定个人自治的做法，事实上是他治。

自治意义上的民主，意味着民主是宪政的或者自由的，意味着民主受制于宪政或者自由，即宪政民主（constitutional democracy）或者自由民主（liberal democracy）。这种意义上的民主承认并保护每个人的基本权利和自由，承认公共选择和多数决的适用范围是有限的，承认个人的基本权利和自由是不能通过公共选择和多数决的方式决定的。也就是说，只有个人基本权利和自由以外的事务才能适用公共选择和

---

① Ostrom, Vincent. 1991. *The Meaning of American Federalism: Constituting a Self-governing Society*. San Francisco: ICS Press, 1997; *The Meaning of Democracy and the Vulnerability of Democracies: A Response to Tocqueville's Challenge*. Ann Arbor: University of Michigan Press.

多数决，否则，难免会发生托克维尔所担忧的“多数的暴政”。譬如，不能通过多数决的方式决定一个人是否享有言论自由、结社自由、宗教自由或者财产权等。当然，在某种意义上讲，宪法本身也是民主决策的产物，只不过不是通过简单多数决，而是全体一致同意或者接近全体一致同意的结果。

从本义讲，“共和”（res publica）意味着公共事务（public affairs），意味着政治事务乃公共事务，政府受制于人民，应由众人参与治理。在今天，共和常被理解为“君主制”（monarchy）的对立面，意味着政府首脑由定期的选举产生。其实，虚君共和或者宪政君主政体（constitutional monarchy），在实质上具备共和的基本特征，尽管君主并非由选举产生，正如英国、日本等国家一样。因此，对共和的理解不应仅仅停留在形式上，而应根据其实质进行分析。共和与自治意义上的民主或者宪政民主似乎没有根本性的不同，二者都强调了民众的角色，但在19世纪之前，这两个概念之间的区别非常明显。麦迪逊认为他们在建立一个共和政体而非民主政体，因为他们将共和理解为代议制政府（representative government）或者间接民主，而将民主理解为纯粹民主（pure democracy）或者直接民主。[①]

随着民主概念在过去两个世纪的流变，今天意义上的民主既包括直接民主也包括间接民主，甚至对很多人来说，民主只意味着间接民主或者代议制民主，而直接民主不是民主。有趣的是，现代民主社会

---

① Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 46, 257.

的治理既有直接民主的成分，比如全民公决等，也有间接民主的成分，比如选举代表等。并且，民主社会里的一些小共同体，比如行业组织或者社区村社等，也常常采用直接民主的方式。瑞士恐怕是保留直接民主成分最多的国家之一，那里的很多重大决定，都诉诸联邦、州或者市镇范围的全民公决。加拿大、澳大利亚、新西兰以及美国的一些州等也保留着全民公决的传统。

概念的流变使得民主与共和之间的区别变得比较模糊。譬如，无论是在严肃的学术研究中，还是在日常的谈话交流中，人们既把美国当成是一个民主政体，也把它看作一个共和国。至少自托克维尔《论美国的民主》诞生以来，人们既在民主也在共和的意义上理解美国政体的性质，尽管“美利坚合众国”的名称中既不包括民主也不包括共和。当然，无论是用民主还是用共和来界定一个政体，它都应当受制于宪政，受制于个人的基本权利和自由。

“法治”的基本含义是法律之治，或者，通过法律进行治理，要求法律必须事先公开、具有一般性、不能溯及既往等形式要件。[①] 当然，“法治”也意味着良法之治，要求法律合乎正义之原则，保护个人的权利和自由。恶法不能带来法治，甚至可以说，恶法是反法治的。[②]“法治”

---

① Fuller，Lon L. 1969. *The Morality of Law*. Rev. ed. New Haven；Yale University Press，pp. 46–91；Raz，Joseph. 1979. *The Authority of Law；Essays on Law and Morality*. New York；Oxford University Press，pp. 214–218.

② 对于“恶法非法”还是“恶法亦法”的问题，一直是自然法学派和法律实证主义者之间论争的焦点之一，这里无法进行详细讨论，感兴趣的读者可以参阅 Fuller，Lon L. 1969. *The Morality of Law*. Rev. ed. New Haven；Yale University Press；Finnis，John. 2011. *Natural Law and Natural Rights*. 2nd ed. New York；Oxford University Press；Hart，H. L. A. 1994. *The Concept of Law*. 2nd ed. Oxford；Clarendon Press。

的核心在于用规则约束所有人的行为，包括掌握权力者，为其行动划定边界。这不仅要求规则经由正当的程序事先颁行，而且要求规则得以有效地执行，以及对违反规则的行为进行公正的裁判。

大致说来，“法治”与“宪政”之间的区别类似于“法律”与“宪法”之间的不同。如果说法律是规则，那么宪法就是规则的规则，即元规则。如果说法治是规则之治，那么宪政就是元规则之治。法治是普通法律之治，而宪政则是根本法之治。由于普通法律要受制于宪法，所以法治要受制于宪政。在某种意义上讲，宪政是更高层面的法治。宪政主要是为了约束政府，而法治既约束政府，也约束个人或者私人。

第二章　宪治与分权

如果人是天使，政府便无必要。如果天使统治人，对政府的内外控制便无必要。在构建一个人治理人的政府时，巨大的困难在于此：你必须首先让政府能够控制被统治者；其次，使其控制自身。依赖人民无疑是对政府的主要控制手段；但经验表明，辅助性的预防措施是必需的。[①]

——詹姆斯·麦迪逊

① Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN: Liberty Fund, p. 269.

一 集权与分权

宪政的关键在于限制权力，而限制权力的关键在于分权。那么，为何分权可以起到限制权力的作用？其中的原理和逻辑是什么？大致说来，权力的制度安排有两种模式：一种是所有的权力都集中在一个人或者一个机构手里，没有外在的制约与平衡，这被称之为“集权”；另一种是权力分散在不同的人或者不同的机构手里，相互之间存在着制约与平衡，这被称之为“分权”。这种集权或者分权的模式，既可以体现在横向的制度安排上，也可以体现在纵向的制度安排上。

在集权的模式下，权力被一个人或者一个机构所垄断，权力的行使不受他人的制约和对抗。实际上，其他人或者机构没有任何实质意义上的权力，或者其权力是由真正的掌权者授予的。在一个无论集权多么严重的社会里，只要其具备一定的规模，掌权者通常都很难亲自行使所有的权力，不得不将部分权力授予他人。但无论如何，在这样的社会里，最高或者最终的权力总是掌握在某个人或者某个机构手里，他人的权力都来自于这一最高权力，且随时都可被褫夺。也就是说，

在集权社会里，即使存在着看似不同的权力，也不过是权力派生的结果，存在着最高权力与派生权力的区别，存在着授予与被授予的不同，并且，最高权力可以撤销授权，剥夺被授予者的权力。

集权的危害在于，它造就至高无上、不受约束的权力，不论行使权力者是什么样的人物或者机构。不受约束的权力必然是任意和武断的，而这等同于专制或者暴政。托克维尔意味深长地说："不受限制的权力本身就是一个糟糕而危险的东西。人类没有能力明智地行使它。上帝独自是全能的，因为他的智慧和正义总是与其权力相当。在人世间，没有权力自身值得如此崇敬或者它被赋予的权利如此神圣，以致我愿接受它不受控制和支配一切的权威。当我目睹绝对命令的权利和手段赋予任何力量时，无论它被称为人民还是国王，无论它被称为贵族政体还是民主政体，无论它被称为君主国还是共和国，我都会说，它播下了暴政的种子，并且，我将到别处去生活，服从其他的法律。"① 在谈到横向的集权时，麦迪逊也指出："所有的权力——立法权、行政权和司法权，不论是集中在一个人、几个人还是许多人手里，不论其是世袭的、自命的还是民选的，都可以被恰当地定义为专制。"② 哪怕是由许多人行使所有的权力，哪怕掌权者是由民众选举产生的，也不能赋予其所有的权力。将权力集中在一个或者一群民选的人士手里，根本无法避免专制的结局。也就是说，选举自身是不足以抵御专制的，

---

① Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York : Vintage Books, p. 260.

② Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 249.

必须有其他的制度安排。

对横向集权的弊害，似乎没人比孟德斯鸠说得更加经典了。他指出："当立法权和行政权集中在同一个人或者同一个机构手里时，便没有自由可言；因为人们害怕该君主或者议会将制定暴虐的法律，并以暴虐的方式执行它们。""如果司法权不和立法权与行政权分立，也没有自由可言。如果它与立法权合而为一，臣民的生命和自由将有遭受任意控制之虞；因为那样法官将成为立法者。如果它与行政权合而为一，法官可能会动用暴力和压迫性手段。""如果同一个人或者同一个机构——无论它是由贵族还是由平民组成的，行使这三种权力——制定法律的权力、执行公共决议的权力以及审判个人案件的权力，则一切都完了。"[1]

历史上与当今的专制政体，大都奉行三权合一的集权架构，将所有权力集中在一个人或者一个机构手里，厉行暴虐统治。孟德斯鸠发现，在古代土耳其，三种权力都集中在苏丹王（Sultan）个人手里，那里的臣民在高压统治下怨声载道。在意大利的共和国里，三种权力都集中在一起，以致那里同样使用暴力方法进行统治，自由比君主国还少；尽管那些共和国不像东方的君主国一样专制，尽管那里存在着不同的权力机构，但由于这些不同的机构都由同一群人组成，它们几乎变成了一个机构。[2]

---

① Montesquieu，Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one) Trans. Thomas Nugent. New York：Hafner Publishing Company，pp. 151–152. 这里的译文参考了张雁深先生的中译本，特此致谢。见［法］孟德斯鸠《论法的精神》（上册），商务印书馆 1961 年版，第 156 页。

② Montesquieu，Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one) Trans. Thomas Nugent. New York：Hafner Publishing Company，pp. 152–153.

纵向集权或者中央集权同样构成对自由的威胁，因为它只允许一个政府或者一个统治中心的存在，造就单一政府的权力垄断，取消了其他政府的制约与平衡力量，抑制甚至消除了地方自治。中央集权意味着中央政府的权力至高无上，哪怕它是民选产生的，其权力也不受来自其他权力或者政府的制约，因为民众不可能天天举行选举，也不可能时刻监督着大权独揽的中央政府。权力必须受到限制，不论它是如何产生的。在一个中央集权社会里，如果中央政府变得专制，便没有其他对抗性力量制约它。实际上，在这样的社会里，只有一个政府，一旦它变得专制或是出现了专制的倾向，就没有救济的渠道了。

似乎没人比托克维尔对中央集权的害处认识更加深刻了。他把中央集权称之为“集权行政”（centralized administration）或者“行政集权”（centralization of administration），以区别于“集权政府”（centralized government）或者“政府集权”（centralization of government）。前者意味着全国所有的公共事务都集中在一个政府手里，地方性的事务也由中央政府管辖；而后者则意味着全国性的政府只负责治理在一个社会中具有普遍性、全国性的公共事务，包括制定一般性法律以及维持对外关系等。[①]

在托克维尔看来，政府集权是必要的，但行政集权是有害的。他意味深长地说：“诚然，我不能想象，一个没有有力政府集权的国家可以存续和繁荣。但我认为，集权行政只能使推行它的国家衰弱萎靡，因为它无休止地削弱其地方精神（local spirit）。尽管这种行政能够在

① Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York: Vintage Books, p. 86.

特定的时刻于短时间内集中举国的可支配资源，但它有害于那些资源的再生。它也许可以带来战争的暂时性胜利，但是它渐渐地削弱了人们的活力。它也许可以令人艳羡地给某个人带来转瞬即逝的伟大，但是它不能给一个国家带来持久的繁荣。”[①]可见，托克维尔并不反对由一个全国性政府来管理一些特定的全国性事务，但反对将管理地方事务的权力集中在中央政府手里，因为这种集中将摧毁地方自治和地方自由，而这是一个自由和繁荣的国度所必需的。

托克维尔接着指出：“欧洲的集权爱好者时常主张，政府能够比当地人民治理地方的事务治理得更好。当中央政府英明而地方政府无知的时候，当中央政府敏捷而地方政府迟钝的时候，当中央政府惯于行动而地方政府惯于服从的时候，这也许是正确的……但是，当人民英明得知晓其利害得失且能够像美国人一样惯于深思熟虑之时，我认为这种主张就大谬不然了。相反，我坚信，在这种情况下，公民的集体力量和智慧总是能够比政府当局更有效地促进公共福祉。”[②]

在他看来，如果中央政府试图完全取代人民而进行治理的话，它必将误入歧途。无论一个中央政府多么英明和贤能，它都不可能管理一个国家生活中的细枝末节，由于这种能力和敏捷大大超越了人力之所及。中央集权也许可以使全国人民整齐划一，使人们循规蹈矩，有助于镇压骚乱和维持现状等，但它只善于消极阻止，而不善于积极行

① Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York : Vintage Books, p. 87.

② Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York : Vintage Books, p. 89.

动，以使人们充满活力。[①]

倘若横向集权和纵向集权（中央集权）在一个社会中结合在一起，自由面临的威胁更大。托克维尔注意到，在大革命前的法国，权力高度集中在一个靠近国王的“御前会议”（conseil du roi or Royal Council）手里。它既享有立法权，可以起草法律、决定税收，又享有行政权，决定所有重大的行政事务，监督所有的下级政府，还充当最高法院，可以推翻所有普通法院的裁决。当然，国王是最终的决策者，尽管看起来御前会议在发布命令。在那里，负责政府日常运作的是一个“总管”（controller-general），同时充当财政部长、内务部长、商业部长等角色，在每个省都有一个唯一的代理人——总督（intendant）。他是御前会议在各省的唯一代理人，行使各种不同的权力，既充当行政官员又是法官。[②]

在这种集权体制下，中央政府企图控制地方的一切，即使那些只与地方有关的微不足道的事务，它都要插手过问。无论是修建一条乡镇道路，还是修理一下教堂的屋顶，它都要规划或者审批。没有御前会议的命令，城镇无权征收任何税收，无权抵押、转让、租赁财产。这样的中央政府不仅管理得事无巨细，而且带有浓厚的家长制色彩。[③]譬如，他不仅帮助贫穷窘迫的农民，而且声称要帮助他们致富，甚至如果需要的话，要强迫他们学会如何致富，御前会议发布了禁止农民

---

① Tocqueville，Alexis de. 1990. *Democracy in America*，Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York：Vintage Books，p. 90.

② Tocqueville，Alexis de. 1998. *The Old Regime and the Revolution*. Ed. Fancois Furet and Francoise Melonio. Trans. Alan S. Kahan. Chicago：University of Chicago Press，pp. 118–120.

③ Tocqueville，Alexis de. 1998. *The Old Regime and the Revolution*. Ed. Fancois Furet and Francoise Melonio. Trans. Alan S. Kahan. Chicago：University of Chicago Press，pp. 118–131.

种植特定庄稼和摧毁葡萄园的命令，还发布了大量强迫工匠们使用特定方法、制造特定产品的命令，并派工业总检查官（inspectors-general of industry）监督他们。在大革命前后的法国，所有的城市、乡镇、村庄、医院、大学或者工厂，都无权管理自己的事务或者自由处理自己的物品。尽管"家长制"（paternalism）一词在当时或许尚未发明出来，但法国人已然成了政府的监护对象，政府从一个主权者转变为监护者。[①]

高度中央集权的一个后果是，首都变成全国唯一的统治中心，一切命令都来自巴黎，大大小小的事务都要等待巴黎审批，漫长的等待不可避免。首都的规模不断膨胀，人口剧增，各种行业积聚在那里，尽管政府三令五申限制它的扩张，但根本无济于事，因为政府没有消除人们涌向首都的根源。只有巴黎看起来有些活力，其他地区都死气沉沉，没有了地方自由（local freedoms），没有了公共生活，它们的命运掌握在巴黎手里，甚至连反对的勇气都没有。[②]同时，集权体制使得法国人民整齐划一，没有多样性和差别，举国施行统一的法律和政策，人们甚至无法容忍不同的法律和制度；并且，人与人之间形似神离，他们互不关心，形同路人，漠然相视，各自只关心自己狭隘的利益。[③]

值得一提的是，托克维尔也敏锐地注意到，历史上的中国是高度中央集权的最好例证。他说："旅行家告诉我们，中国人有安宁而无幸

---

① Tocqueville, Alexis de. 1998. *The Old Regime and the Revolution*. Ed. Fancois Furet and Francoise Melonio. Trans. Alan S. Kahan. Chicago: University of Chicago Press, p. 124, 131.

② Tocqueville, Alexis de. 1998. *The Old Regime and the Revolution*. Ed. Fancois Furet and Francoise Melonio. Trans. Alan S. Kahan. Chicago: University of Chicago Press, pp. 145–148.

③ Tocqueville, Alexis de. 1998. *The Old Regime and the Revolution*. Ed. Fancois Furet and Francoise Melonio. Trans. Alan S. Kahan. Chicago: University of Chicago Press, pp. 149–163.

福，有勤劳而无进步，有稳定而无活力，有公序而无良俗。那里的社会条件总是可以容忍的，但绝不是极好的。我可以想象，一旦中国的国门对欧洲开放，欧洲人将发现中国是世界上中央集权的最佳典范。”[①]

尽管托克维尔从未到过中国，但他的看法与许多中国观察家的判断如出一辙。譬如，著名汉学家白鲁恂（Lucian Pye）曾指出：“所有的中国人都承认，中国人坚信所有的权力都应当掌管在中央政府手里，由中央政府来行使，这是塑造中国历史的最有力因素之一。这种想法使中国保留了单一制的政治制度（unitary political system），并使中国人在其文化世界被竞争性的政治权威分割之时感到不安。在很大程度上，中央政府可以声称其无所不能，因为大部分中国人已经由较直接的基本上是民间的权威体系来治理了：这包括关系紧密的家庭、受人尊重的宗族组织或者其他的民间团体，它们减少了官方的负担。作为一个乡土社会，中国在很大程度上是由乡村制度（village institutions）来治理的。无疑，这些地方权威体系在塑造中国社会时起了决定性的作用，但同样正确的是，这些地方权威体系满足于通过非正式的且经常是迂回的手段来保护它们自己的利益，以期国家当局予以支持，而非努力重塑国家当局。”[②]

白鲁恂发现，地方制度和权威的固有虚弱导致了中国独一无二的政治制度，因为历史上中国的政治经济制度没有明显反映出深刻的地

---

① Tocqueville，Alexis de. 1990. *Democracy in America*，Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York：Vintage Books，p. 90.

② Pye，Lucian W.，with Mary W. Pye. 1985. *Asian Power and Politics：The Cultural Dimensions of Authority*. Cambridge，MA：Belknap Press，p. 184.

域差异。华南的经济是建立在大米文化（rice culture）和相关的技术基础之上的，而华北的乡村则是围绕着小麦和小米的耕作而组织的；华东的文化是具有独特经济利益的大规模城市发展的结果，而华西则较接近于游牧文化。但是，在历史上，中国的政治经济制度从来没有反映出这些惊人的地域差异。相反，政治命令通常发自于中央；如果某个地方出了乱子，中央政府或者迅速将其镇压下去，或者立即将其接管，使其变为全国性问题。①

历史学家多注意到，自秦汉以降，中央集权和大一统逐渐成了治理中国社会的基本理路，而且愈到帝国晚期，中央集权愈盛。② 钱穆先生道："自汉迄唐，就已有过于集权之势。到宋、明、清三朝，尤其是逐步集权，结果使地方政治一天天地衰落。直到今天，成为中国政治上极大一问题。"③ 钱先生还敏锐地指出，"地方政治一向是中国政治史上最大一问题。因为中国国家大，地方行政之好坏，关系最重要。"④

无论是横向的集权还是纵向的集权，都倾向于导致绝对的、不受约束的权力，构成对个人自由和权利的威胁。横向的集权，将制定法律、执行法律和裁决案件的权力集中在一个人或者一个机构手里，不仅无法纠正任何一个步骤带来的错误，而且将确立、适用规则与暴力机器结合在一起，权力的行使难免沦为暴政。纵向的集权，将一个

① Pye, Lucian W., with Mary W. Pye. 1985. *Asian Power and Politics: The Cultural Dimensions of Authority*. Cambridge, MA: Belknap Press, p. 184.

② 周良宵：《皇帝与皇权》，上海古籍出版社 2014 年第 3 版，第 12—15 章。

③ 钱穆：《中国历代政治得失》，生活·读书·新知三联书店 2005 年版，第 154 页。

④ 钱穆：《中国历代政治得失》，生活·读书·新知三联书店 2005 年版，第 102 页。

共同体中所有的权力都集中在一个政府手里，没有其他的力量能够防止其滥用，地方自治将式微，地方自由将消失。弗里德曼（Milton Friedman）曾告诫道："自由是一种罕有而娇嫩的植物。理智告诉我们，并且历史也表明，对自由的主要威胁是权力的集中。政府对我们自由的保护是必需的，它是一个我们可资行使我们自由的工具；然而，将权力集中在政治机构手里，也是对自由的一个威胁。即使行使此种权力的人最初是善意的，即使他们不被其行使的权力腐化，这种权力也将不仅吸引而且造就一种不同类型的人。"[①]

为了有效地约束权力，人类迄今为止发现的比较可靠的方法就是分权，就是从集权走向分权，实现权力的分立与制衡。这不仅包括横向的分权制衡，即三权分立——立法、行政与司法之间的分权制衡，而且包括纵向的分权制衡，即联邦主义——不同层级政府之间的分权制衡。这种双重的分权制衡，为保护个人的权利和自由提供了一个"双重安全阀"（麦迪逊语）。[②]

---

① Friedman，Milton. 1962. *Capitalism and Freedom*. Chicago：University of Chicago Press，p. 2.

② Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 270. 在弗里德曼看来，分权不仅对于保护个人的自由不可或缺，而且有助于人类文明的发展。他说："文明的伟大进步，无论是在建筑还是在绘画方面，无论是在科学还是在文学方面，无论是在工业还是在农业方面，从未产生于集权政府。哥伦布并非因回应议会多数的命令而探索到达中国的新航线，尽管他部分地得到一个专制君主的资助。牛顿和莱布尼茨；爱因斯坦和玻尔（Bohr）；莎士比亚、弥尔顿和帕斯捷尔纳克（Pasternak）；惠特尼（Whitney）、麦考密克（McCormick）、爱迪生以及福特；简·亚当斯（Jane Addams）、弗洛伦丝·南丁格尔（Florence Nightingale）以及艾伯特·施韦策（Albert Schweitzer）；这些在人类知识和理解力、文学、技术进步或者减轻人类苦难方面开创新领域的人中，没有一个是出于回应政府的命令。他们的成就是个人天赋、坚信少数观点、允许多样性的社会氛围之结果。"见 Friedman，Milton. 1962. *Capitalism and Freedom*. Chicago：University of Chicago Press，pp. 3-4。

二 横向分权：三权分立

从发生学的角度来讲，三权分立是近现代出现的思想观念和制度安排。尽管古希腊罗马时代产生过“混合政府”（mixed government）或者“混合宪法”（mixed constitution）的思想——君主制（一人统治）、贵族制（少数人统治）和民主制（多数人统治）的某种混合，但并未出现通过立法、行政与司法三种权力之间的分立与制衡构建有限政府的观念和制度。有学者认为，亚里士多德已有了三权分立的思想。[1] 的确，在其名著《政治学》中，亚里士多德提到并讨论了政府的三种元素或者权力：一是审议元素（deliberative element），负责战争与和平、制定法律、任命官员等；二是行政元素（executive element），负责发布命令和经济事务等；三是司法元素（judicial element），负责审理案

① Finley, M. I. 1983. *Politics in the Ancient World*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 58.

件。[①]表面上看起来，这颇类似于近现代发展起来的三权分立，但实际上，亚里士多德设计的政治架构与三权分立相去甚远。尽管他的审议元素有一定的立法职能，但它也履行一些今天意义上的行政职能以及司法职能；他的行政元素与现代意义上的行政机关不同，而其司法元素不是由职业法官行使，而是由普通民众掌握。尽管亚里士多德已经有了政府中三种不同元素的观念，但远非近现代出现的三权分立思想，他尚未意识到，由三个不同的机构行使三种不同性质的权力并互相依赖，可以起到分权制衡的作用，个人的自由和权利借此受到保障。[②]

在中世纪后期，代议制度和陪审团制度初露端倪甚至获得了一定程度的发展，而这构成了对王权的某种制约，尽管这种制约仍然显得十分脆弱。到了近代，随着有限君主制（limited monarchy）思想和实践的发展，才出现了三权分立的观念和制度，它在17世纪被认为是“自由和优良政体的伟大秘密”[③]。洛克是较早提出三权分立的政治思想家，尽管他的分权理论仍然处于萌芽状态。在其反对绝对主义（absolutism）和君权神授的经典著作《政府论》（下篇）中，他提出了区分立法权、行政权和联盟权（federative power）[④]的思想。立法权是制定法律的权

① Aristotle. 1962. *The Politics of Aristotle*. Ed. and trans. Ernest Baker. New York：Oxford University Press，pp. 188–202.

② Aristotle. 1962. *The Politics of Aristotle*. Ed. and trans. Ernest Baker. New York：Oxford University Press，p. 193；Gordon，Scott. 1999. *Controlling the State：Constitutionalism from Ancient Athens to Today*. Cambridge，MA：Harvard University Press，p. 83.

③ Nedham，Marchamont. 1654. *A True State of the Case of the Commonwealth*. London，p. 10. 转引自 Vile，M. J. C. 1998. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 3。

④ 叶启芳、瞿菊农的中译本将“federative power”译为“对外权”，见［英］洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1964年版，第89页。

力，行政权是执行法律的权力，而联盟权则主要是负责战争与和平、结盟与联合的权力。在他看来，立法权应当与行政权分立，以免制定法律者同时成为执行法律者，不遵守自己制定的法律，使法律满足自己的利益，拥有不同于共同体的利益诉求，与人们组建政治社会和政府的目的相悖。因此，立法者制定出法律之后，应将执行法律的权力交给一个分立的行政机关，立法者自己亦须受制于法律，以确保法律的制定是为了公共利益。①

洛克认为，立法机关没必要是常设的，因为没有那么多事情可做，而行政机关则需常设，因为时刻都需要执行法律；尽管联盟权可以与其他权力区分开来，但它则几乎总是与行政权合并在一起，由同样一些人行使，因为二者都要求强制执行的力量，如果由不同的人来行使，则可能导致秩序混乱。但联盟权不适合与立法权结合在一起，因为联盟权无法通过事先的法律规定，外来者会做出何种行为无法事先知晓，所以只能交给行政机关决定，依赖其审慎和智慧促进公共利益。②

在洛克看来，当政府存续时，立法机关拥有“最高权力”（supreme power），其他机关都必须服从它，因为制定法律的机关必定高于其他机关，并且，它制定的法律约束一个共同体中的所有人或者组织，包括行政机关。可见，洛克认为立法机关拥有“最高权力”，仅仅因为它制定的法律必须得到所有人或者组织的遵守。实际上，根据洛克的理

① Locke，John. 1947. *Two Treatises of Government*. Ed. Thomas Cook. New York：Hafner Publishing Company，pp. 194–195.

② Locke，John. 1947. *Two Treatises of Government*. Ed. Thomas Cook. New York：Hafner Publishing Company，pp. 194–196.

论，立法机关的这种“最高权力”并非至高无上意义上的权力，因为那种权力掌握在人民手里，立法机关的权力不过是人民委托给它为特定目的采取行动的权力，当立法机关背离了这种委托时，人民有权废除或者改变立法机关。[①] 从这个意义上讲，真正的最高权力属于人民，而非其任何受托者——受人民委托完成某种特定任务的组织或者个人。

不仅如此，洛克还为立法权设定了四个方面的限制。首先，立法权不意味着对人民的生命财产行使专断的权力，因为它无非是社会成员让渡给立法者的权力。人们即使在自然状态下也不享有专断的权力，不可能将自己没有的权力让渡给他人。立法权的行使仅仅限于促进公共福祉，除了保护个人的生命财产之外，没有其他目的。立法者制定的法律必须合乎自然法，作为永恒规则的自然法对所有的人都有效。其次，立法权不是一种根据临时的、专断的命令，而是根据公开的、长期有效的法律进行治理的权力，并且还要由公开授权的法官来进行裁决和主持正义。政府拥有的所有权力都是为了保护个人的生命、自由和财产，其统治必须根据事先公布的、长久确立的、获得公认的法律进行。再次，未经个人同意，立法权不得剥夺其任何财产，因为人们设立政府的目的就是为了让其保护个人的财产。立法机关没有独立于个人和共同体利益之外的专属利益，它所做的一切都应是保护个人和共同体的利益。征税必须经过个人或者其代表的同意，否则即背离设立政府的目的。最后，立法机关不可将立法的权力转让给任何机关

① Locke，John. 1947. *Two Treatises of Government*. Ed. Thomas Cook. New York：Hafner Publishing Company，pp. 196-197.

或者个人，因为这种权力来自于人民的委托，立法机关无权转让。[①]

毋庸置疑，洛克的分权理论还很不成熟，甚至显得有些幼稚。他的分权理论只是“两权分立”[②]，即立法权和行政权的分立；并且，尽管他提及了立法权对行政权的制约，但他几乎没有注意到行政权对立法权的制约。这种理论带有明显的时代烙印，在洛克所处的时代——“绝对主义”（absolutism）横行欧洲的17世纪，行政权（国王）依然是最强有力、最专断的权力，而立法权（议会）正处于上升阶段，并被认为是对抗和制约行政权的关键力量。难怪洛克赋予立法权更高的地位，让行政权受制于立法权。

大约过了半个世纪之后，孟德斯鸠大大发展了横向分权理论，提出了现代意义上的三权分立，即立法权、行政权、司法权之间的分立。在他看来，任何拥有权力的人都容易滥用权力，都会把自己的权力运用到极致，都会扩张自己的权力，而防止权力滥用的唯一有效方式就是用权力制约权力，就是相互制约与平衡——分权制衡。[③]孟德斯鸠认为，在自由社会里，每个人都是他自己的统治者，因此，立法权属于全体人民。但无论是在大国还是在小国，人民亲自参与立法都有诸多不便，所以他们应通过选举代表完成此项任务。在他看来，代议制的

① Locke, John. 1947. *Two Treatises of Government*. Ed. Thomas Cook. New York : Hafner Publishing Company, pp. 189-194.

② 早期的横向分权理论就是两权分立，到了18世纪中期之后才变成了三权分立。见Vile, M. J. C. 1998. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 16。

③ Montesquieu, Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one) Trans. Thomas Nugent. New York : Hafner Publishing Company, p. 150.

好处是代表们可以认真讨论公共事务，而这在直接民主政体下不具有可行性；实际上，人民不适合决策，只适合选举代表。孟德斯鸠赞成两院制，由贵族代表组成一院，由平民代表组成另一院，二者之间互相制约；并且，贵族院实行世袭制，对立法只有否决权，没有创设权。①

在孟德斯鸠看来，行政权应当掌握在君主手里，因为行政机关讲究效率，需要迅速行动，在一人手里比在多人手里要好，尽管立法权正好相反——由多人享有比一人享有要好。如果行政权由立法机关遴选的若干人士享有，自由将受到威胁，因为立法权和行政权将合而为一，掌握在同一群人手里。② 司法权不应赋予常设的立法机关，而应赋予从人民中挑选出的一些人士，根据需要决定其存续。司法机关不与任何特定的阶层或者职业联系在一起；被告人有权选择法官，或者至少有权要求法官回避；法官应当与被告人地位相当，以实现同僚裁判（trial by peers）。③

孟德斯鸠也考虑到了不同机关之间的制约，尤其是立法机关和行政机关之间的掣肘。他指出，立法机关不应当自行召集开会，而应由行政机关决定其开会的时间和会期。如果行政机关无权遏制立法机关的越权行为，后者将会变得专制，因为立法机关将赋予自己任何权力。

---

① Montesquieu, Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one) Trans. Thomas Nugent. New York：Hafner Publishing Company, pp. 154-156.

② Montesquieu, Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one) Trans. Thomas Nugent. New York：Hafner Publishing Company, p. 156.

③ Montesquieu, Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one) Trans. Thomas Nugent. New York：Hafner Publishing Company, p. 153.

但立法权不得阻止行政权，尽管它有权审查法律的执行情况。立法机关也无权控告和审讯行政机关负责人（君主），因为其人身神圣不可侵犯，但辅佐君主的大臣可以被审判和处罚。行政机关可分享一定的立法权，即对法律的否决权，但立法机关不应分享行政权。然而，行政机关不得享有征税的权力，否则它将掌握最重要的立法权。立法机关应当每年对征税和军队批准一次，而非永久性地赋权行政机关，以防后者失去对前者的依赖。[①]

孟德斯鸠没有详细讨论司法权与其他两种权力之间的关系，只是提出司法权不得与立法权合而为一的三种例外情形。一是对贵族的审判不应由普通法院掌管，而应由组成立法机关的贵族院负责，因为若由平民审判贵族，则有违同僚裁判原则，以致贵族处于危险之中。二是当法律变得严苛时，由贵族院对其加以缓和。三是立法机关拥有一定的弹劾权，而这具有司法的性质。[②]

尽管孟德斯鸠的分权理论比洛克前进了一步，但它仍然存在着不小的制度设计缺陷，离现代意义上的三权分立仍有一段距离。无论是洛克还是孟德斯鸠，都对司法权重视不够，忽略了它对其他两种权力的制约作用。洛克几乎没有专门讨论司法权，而孟德斯鸠则说："司法

---

① Montesquieu, Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one) Trans. Thomas Nugent. New York: Hafner Publishing Company, pp. 157–160.

② Montesquieu, Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one) Trans. Thomas Nugent. New York: Hafner Publishing Company, pp. 158–159.

权在一定程度上可以忽略不计。”[①]众所周知，孟德斯鸠的分权理论是以当时英国的政体为原型而提出的，实际上，他正是在讨论英国的宪制时阐发了自己的三权分立理论。所以，他的考虑和设计难免拘囿于18世纪中期英国的政治安排。

对三权分立理论的完善，要等到美国立宪时期麦迪逊等人的洞察与分析。麦迪逊的重要贡献在于，立法、行政、司法三种权力之间不仅应当相互分立，各自独立存在，而且应当相互制约与平衡，每一种权力都受制于其他两种权力。三种权力相互分立意味着每一个机关都不应当同时拥有另一个机关的全部权力，而非每一个机关与其他两个机关之间毫无关联。比如，立法机关不应当同时拥有全部的行政权或者司法权，但立法机关与行政机关、司法机关之间则并非不应有任何关联。相反，这三个机关之间必须存在某种关联，才有可能形成互相制约的局面。[②]

在麦迪逊看来，由于权力有天然的僭越倾向，在确保三种不同的权力分立之后，最大的困难就在于如何防止一种权力对另一种权力的侵犯，如何给每一种权力提供必要的防护措施。这种措施的关键在于让每一种权力都与其他权力关联或者交叉起来，让每一种权力的行使

---

① Montesquieu, Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one) Trans. Thomas Nugent. New York: Hafner Publishing Company, p. 156.

② 麦迪逊对三权分立的讨论集中在《联邦主义文集》第47—51篇。见 Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN: Liberty Fund, pp. 249-272。

都受到其他权力的制约与平衡，防止任何一种权力的膨胀与僭越。[①]譬如，尽管立法机关享有立法权，但行政机关对立法享有一定的否决权，司法机关则可对立法进行违宪审查；尽管行政机关享有执法权，但立法机关可对总统进行弹劾，司法机关可对总统进行法律审判；尽管司法机关享有裁判权，但行政机关有权任命法官，立法机关则有权批准或者否决任命。可见，不同的权力之间密切关联，甚至相互渗透、交叉或者混合，以起到相互牵制的目的，避免任何一种权力的行使不受制约，防止任何一种权力独大或者至上。

这种安排的好处在于，任何一种权力的行使都无法完全脱离其他权力的掣肘，都无法完全按照自己的意志行事。每一种权力都有足够的动机和手段抵制其他权力的侵犯，每一种权力都对其他权力怀抱怵惕之心，时刻提防其他权力的僭越之举。分权原理的基本逻辑在于，以权力制约权力，这一原理的基本前提是，根据其性质的不同，可以将权力分为三种——即立法权、行政权和司法权，它们可以分立共存，且每一种权力都存在扩张和恣意的倾向，不论这种权力的拥有者是世袭、任命或者选举产生的。三权分立意味着每一种权力都是有限的，每一种权力都应该且能够受到制约，它不承认任何最高或者至高无上的权力，拒绝任何一种权力独大或者凌驾于其他权力之上。也就是说，从效力上讲，三种权力之间是平等的，没有高低贵贱之分，没有隶属或者服从与被服从的关系。倘若一种权力在效力上高于其他权力，它

---

① Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 256.

们相互之间的制约与平衡便不再可能，因为效力低的权力无法抵抗效力高的权力之侵犯。

既然如此，那么，奉行“议会至上”（parliamentary supremacy）或者“议会主权”（parliamentary sovereignty）的政体，能够有效地制约权力并构建一个有限政府吗？或者说，在这种政体下，宪政可能吗？答案是否定的。细心的读者可能会反驳说，英国是一个议会至上的政体，难道它不是一个宪政国家吗？简短的回答是，英国的确是一个宪政国家，但其政体并非“议会至上”——如果它意味着议会的权力高于一切或者不受其他权力制约的话。长期以来，理论家们倾向于将英国政体的性质界定为“议会至上”或者“议会主权”。根据戴西（A. V. Dicey）的看法，“议会主权”意味着英国议会有权制定或者废除任何法律，并且，任何人或者机关都无权撤销或者废除议会立法。[①] 对这一看法经典且形象的描述莫过于一句广为流传的名言：“对英国法律家而言的根本原则是，议会可以做任何事情，除了不能把一个女人变成一个男人、把一个男人变成一个女人之外。”[②] 戴西明确指出，在英国，“议会主权是毋庸置疑的法律事实（legal fact）”，“议会的立法至上原则是英国宪法的真正根基”，尽管人们不情愿接受这一原则。[③]

---

① Dicey, A. V. 1982. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis, IN : Liberty Fund, pp. 3–4.

② De Lolme, Jean Louis. 2007. *The Constitution of England ; or, An Account of the English Government*. Ed. David Lieberman. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 101. Footnote (a).

③ Dicey, A. V. 1982. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis, IN : Liberty Fund, pp. 24–25.

在很大程度上讲，戴西的看法受18世纪法律家布莱克斯通（William Blackstone）的影响，而后者的观点主要来自对普通法史上伟大法官库克爵士（Sir Edward Coke）论述的解释。为了主张议会主权，无论是布莱克斯通还是其后的很多法律家，都常引用库克的一段话："（英国）议会通过法案进行立法的权力和管辖范围，是如此超然与绝对（transcendent and absolute），以至于其不受无论是事项还是人物的任何限制。对于这个立法机构的确可以说：如果你考虑其历史，它是最古老的；如果你考虑其价值，它是最荣耀的；如果你考虑其管辖权，它是最广泛的。"[1]

布莱克斯通解释说，英国议会"在制定、批准、扩大、限制、废除、撤销、恢复以及阐明涉及所有可能事项——无论是教会的还是世俗的，无论是民事的、军事的、海事的，还是刑事的——的法律方面，是这些王国的宪法委托的绝对专断权力（absolute despotic power）——在任何政府中都必然处于某个地方——所在之地。超越日常法律活动的所有祸端与不满、军事活动与救济措施，都在这个非凡的机构管辖范围内。它可以规制或者重塑对国王的继承，正如在亨利八世（Henry VIII）和威廉三世（William III）统治时期所为。它可以改变这个国家的国教，正如在亨利八世及其三个孩子统治时期的各种情形下所为。它甚至可以改变和重新创设王国的宪法和议会自身的组织原则，正如联合法案（act of union）和几个关于三年期以及七年期选举的制定法

① Coke，Sir Edward. 2003. *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*，Vol.2. Ed. Steve Sheppard. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 1133.

所展示的那样。简而言之，它可以做大自然允许的任何事情；因此，一些人肆无忌惮地——从某种意义上讲太大胆——称其为全能议会（omnipotence of Parliament）。诚然，对议会的所作所为，在地球上没有机构能够撤销。”[①]

可以预见，推崇议会主权的布莱克斯通拒绝了洛克等人的主权在民理论——最高权力掌握在人民手里，当立法机关背离人民之托时，人民可以废除或者改变它。这位以《英格兰法释义》闻名后世的法律家主张，无论主权在民的看法在理论上多么正当，在实践中也不能采纳之，在任何政府统治下都不能通过法律手段实行之，因为将权力赋予全体人民意味着可以解散由人民自己确立的政府，意味着使所有的人退回到原初的平等状态，并且，通过消灭主权，废除了所有此前制定的实证法。因此，他得出结论说："只要英国宪法还存在，我们就可以大胆断言，议会的权力是绝对且不受控制的（absolute and without control）。”[②]

毋庸置疑，布莱克斯通的主张对后世影响甚巨，尤其是对英国法律家奥斯汀（John Austin）、戴西等人。奥斯汀曾经指出："一个独立的政治社会可以分成两部分，即作为主权者或者最高者的部分和纯粹作为臣民的部分。主权几乎不可能在一个社会的全体成员手里，因为几乎不可能发生所有社会成员都天生有能力运用主权的情形。在大多

---

① Blackstone, William. 1893. *Commentaries on the Laws of England.* (In Four Books and Two Volumes), Vol. 1–Books I & II. Philadelphia: J. B. Lippincott Company, pp. 123–124.

② Blackstone, William. 1893. *Commentaries on the Laws of England.* (In Four Books and Two Volumes), Vol. 1–Books I & II. Philadelphia: J. B. Lippincott Company, p. 124.

数现实社会里，主权由社会的单个成员垄断或者由极少数成员独享，甚至在那些政府被认为系由人民主宰的现实社会里，主权享有者也是整个政治共同体的很小一部分。一个独立的政治社会自主治理或者由全体民众组成的主权者治理，在理论上不是不可能，但这种社会的存在极其缺乏可行性，因此我对其不予考虑。”[①]

他又说：“采用大多数研究英国宪法的学者的说法，我通常认为目前的议会或者当下的议会拥有主权，或者我通常认为，国王与贵族院连同平民院的成员，构成了三位一体的主权者或者最高统治者。但是，准确地说，平民院的成员只是选民选举和任命的受托人，因此，主权总是在国王和贵族院以及平民院的选举人（electoral body of the commons）手里。”[②]在这里，奥斯汀似乎主张，主权在国王、贵族院和平民院或者选民手里。[③]

戴西认识到奥斯汀主权理论的内在张力和自相矛盾之处，提出了法律意义上的主权和政治意义上的主权之区别。前者意味着立法权不受任何法律限制，在英国由议会享有；后者意味着主权者的意志最终获得一国公民之遵守，在英国由选民、国王和贵族院享有，或者更准确地说，由选民独自享有。因为在英国，选民的意志，或者选民加上

---

① Austin，John. 1995. *The Province of Jurisprudence Determined*. Ed. Wilfrid E. Rumble. New York：Cambridge University Press，pp. 183–184.

② Austin，John. 1995. *The Province of Jurisprudence Determined*. Ed. Wilfrid E. Rumble. New York：Cambridge University Press，p. 194.

③ Dicey，A. V. 1982. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 26.

国王和贵族院的意志，决定英国政府的所有事务，长期而言，选民的意志总是占上风。但这只是一个政治事实，而非法律事实，法院不关心选民的意志，法官们只知道表达在议会立法中的人民意志，决不会主张议会立法因违反选民意志而应被宣告无效。①

不过，无论是布莱克斯通的议会主权观，还是戴西的修正主义看法，都忽略了英国历史上的有限政府之现实，忽略了英国历史上长期的制衡观念与实践，忽略了法院和普通法对王权和议会权力的制约。无论是国王还是议会掌握至高无上的权力，都无法构建一个有限政府，都不可能孕育出宪政。在“光荣革命”之前的历史上，国王的权力较大，但它也并非毫无限制，1215 年的《大宪章》就是一个明证。13 世纪的法官布拉克顿（Henry de Bracton）说：“国王贵居万众之上，但他受制于上帝和法律；法律造就了国王；国王必须遵守法律，尽管如果他违法，对其惩罚必须留给上帝。”②

在此后的几个世纪中，议会的权力不断扩大，至 17 世纪时，主权之争存在三种说法，分别为主权在国王、主权在议会中的国王（king-in-parliament）、主权在法律。后者的支持者主要为库克爵士。库克主张，普通法高于议会的制定法和王权，安置了国王和议会并使其受到制约；当法官认为制定法反理性和自然法或者侵犯王权时，可以宣布

① Dicey, A. V. 1982. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis, IN: Liberty Fund, pp. 27–28.

② Bracton, *De Legibus Angliae* (Rolls Series), I, 38; *History of English Law*, vol. I, pp. 160–161, 500–1. 转引自 Maitland, F. W. 1908. *The Constitutional History of England*. Ed. H. A. L. Fisher. New York: Cambridge University Press, pp. 100–101。

它无效。[1]

如果我们较为全面地考察库克爵士的政治与法律观，作为倡导司法独立和司法审查的先驱，他没有也不可能主张议会的权力不受限制，不会提出议会主权或者议会至上的观点，尽管他的时代目睹了王权的恣肆，并且他晚年在议会里扮演了重要的角色。在很大程度上讲，将库克视作议会主权的始作俑者，是布莱克斯通对库克的误读，而这种误读又被奥斯汀、戴西等人错误地接受了，导致以讹传讹。[2] 从政治和司法的运作现实来看，英国也并非议会主权或者议会至上的政体，因为议会也必须恪守法治和人权保护原则，而且法院有解释和适用法律的权力。[3] 法官劳斯爵士（Sir John Laws）曾明确指出，宪法作为“更高秩序的法”（higher-order law），意在保护个人的基本权利和自由，议会也必须受制于它，即使议会是民选的；对议会立法的司法审查对于保护基本权利和自由是必需的，侵犯基本权利和自由的政府权力是违反民主原则的。[4] 这位英格兰与威尔士上诉法院的法官说：“在每一个文明宪法国家，最终的主权不在那些行使政府权力的人手里，而在

① Maitland, F. W. 1908. *The Constitutional History of England*. Ed. H. A. L. Fisher. New York : Cambridge University Press, pp. 300–301.

② Montpensier, Roy Stone de. 1966. “The British Doctrine of Parliamentary Sovereignty : A Critical Inquiry”, *Louisiana Law Review* 26 : 753–787.

③ Lakin, Stuart. 2008. “Debunking the Idea of Parliamentary Sovereignty : The Controlling Factor of Legality in the British Constitution”, *Oxford Journal of Legal Studies* 28(4) : 709–734 ; Allan, T. R. S. 2001. *Constitutional Justice : A Liberal Theory of the Rule of Law*. Oxford : Oxford University Press. pp. 201–242 ; Allan, T. R. S. 1985. “Legislative Supremacy and the Rule of Law : Democracy and Constitutionalism”, *Cambridge Law Journal* 44(1) : 111–143.

④ Laws, Sir John. 1995. “Law and Democracy”, *Public Law* (Spring) : 72–93.

其获得许可如此行为的条件之中。在这种意义上讲，宪法，而非议会，是主权者。在英国，这些条件现在应当被承认构成了一个根本原则的架构，这些原则包括民主律令（imperative of democracy）自身和其他的权利，其中首要者为思想与表达自由——除非认可极权主义，不应拒绝对其保护。”[①] 显而易见，在劳斯爵士看来，既然议会也必须受制于宪法，那么议会就不可能是主权者，真正的主权者是宪法。

无论是历史上还是现在的英国都不是一个议会至上或者议会主权的国家，否则，那里不可能有宪政，个人的权利和自由也不可能获得有效的保护。其实，宪政不承认任何机构拥有至高无上的权力或者主权，不承认任何机构拥有不受制约的权力，哪怕它是选举产生的。这当然适用于民选的议会，因为即使议会由民选产生，它也可能滥用权力，它通过的立法也可能与宪法相悖，可能侵犯个人的自由和权利。实际上，在共和政体中，议会滥用权力的可能性更大，因为“立法机关到处扩张其活动范围，将所有权力卷入其激烈的漩涡中。”[②]

麦迪逊曾指出，在君主专制政体中，行政机关或者君主是自由的主要威胁；在直接民主政体中，人民作为直接立法者的无能容易导致行政长官阴谋诡计的得逞，结果难免同样是行政机关的暴虐；但在代议共和政体中，议会系民选产生，立法权由多个人行使，对人民产生影响并对自己的力量无比自信，能感受到鼓动民众的激情且有能力追

---

① Laws, Sir John. 1995. “Law and Democracy” , *Public Law* (Spring) : 72–93, p. 92.

② Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN : Liberty Fund, pp. 256–257.

求其激情向往的对象，因此，民众最应该担心的是议会的大胆野心。[①]毋庸置疑，在共和政体确立之前的时代，君主或者行政机关是自由的主要威胁，人们主要防范它的滥权和专断。但到了共和时代，议会同样构成了自由的主要威胁力量——或者说，所有的机构都可能构成对自由的威胁——因而，防范议会的权力在所难免。

托马斯·杰斐逊意味深长地说："政府的所有权力——立法、行政和司法权，终归立法机关。将这些权力集中在同一些人手里，恰是专制政府的定义。由一群人而非单个人行使这些权力，情况也不能得到缓解。一百七十三个暴君必然与一个暴君一样暴虐。那些对此怀疑的人士不妨看看威尼斯共和国。他们由我们选举产生这一点，对我们并无多大帮助。选举式暴政（elective despotism）并不是我们追求的政府；我们追求的政府不但应当建基于自由原则之上，而且应当在政府的各个部门之间分权制衡，以至于任何一个在未受到其他部门的制约和限制的情况下，都不能超越其法律界限。"[②]他还预言性指出："立法机关的专制是当下以及长时期内最令人恐惧的事情。接下来将是行政机关，但那将在遥远的未来。"[③]

共和政体的倾向是立法机关的扩张，这不仅因为立法机关掌握着

---

① Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 257.

② Jefferson，Thomas. 1904. *The Works of Thomas Jefferson*，Vol. IV. Ed. Paul Leicester Ford. New York：G. P. Putnam's Sons，p. 20.

③ Jefferson，Thomas. 1904. *The Works of Thomas Jefferson*，Vol. V. Ed. Paul Leicester Ford. New York：G. P. Putnam's Sons，p. 463.

财政大权，其他机关在一定程度上对其形成依赖，而且因为立法机关人数众多，由人民选举产生，与人民联系密切，对人民的影响较大，与其他机关相比占据优势地位，容易构成对其他机关的威胁。[1]尽管行政机关也由人民选举产生，但它人数较少，能感受到的激情有限；而司法机关则由任命产生，几乎不与人民发生什么关联，或者说，这种关联十分遥远。因之，比较而言，行政机关和司法机关对人民的影响难以与立法机关相提并论。在这种情况下，立法机关更需要提防，更要受到良好的制约。难怪哈耶克说："宪法的目的正是阻止即使来自立法机关的所有任意限制和强制。"[2]在讨论英格兰的宪制时，孟德斯鸠曾指出，当立法权比行政权更加腐败时，自由便不复存在了。[3]

选举并不能阻止暴政，选举产生的权力与其他方式产生的权力一样，都需要受到制约。在某种意义上讲，倘若选举产生的权力不受制约，结果更加可怕，因为它获得民众的普遍支持，增强了其暴虐的合法性。无疑，将权力集中在议会手里与集中在其他任何机关或者个人手里一样，本身即构成专制。议会至上或者议会主权等同于议会专制或者议会暴政，与宪政格格不入。合乎宪政的制度安排是三权分立和

---

① Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN : Liberty Fund, pp. 256-264.

② Hayek, F. A. 1982. *Law, Legislation and Liberty*, Vol. 3 : *The Political Order of a Free People*. London : Routledge & Kegan Paul, p. 111.

③ Montesquieu, Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one). Trans. Thomas Nugent. New York : Hafner Publishing Company, p. 162.

分权制衡，而非议会至上或者议会主权。[1]用维尔的话说，“权力在不同的决策中心之间分散，正是极权主义或者绝对主义的对立面。”[2]

---

① 应当指出，至少自19世纪起，三权分立就受到了来自理论家和实践者的大力挞伐。一方面，随着议会制政府（parliamentary government）的兴起和投票权的扩张，曾经攻击贵族权力的中产阶层认为三权分立的必要性大大降低；另一方面，随着“集体主义时代”（age of collectivism）的到来，人们对于政府角色和架构的看法发生了一些改变。不论是为了实现改革还是积极的国家行动，人们渴望更加集权的政府，重新发现政府的自由裁量权和特权角色。随着韦伯（Max Weber）官僚制理论的影响、进步主义的兴起以及政治理论研究的转向，理论家们开始关注政治与行政之间的分离而非三种不同权力之间的分立。Vile，M. J. C. 1998. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 4-7。“集体主义时代”是英国法律家戴西（A. V. Dicey）的用语。他曾将19世纪的立法观概括为三个阶段：一是老保守主义（old Toryism）或者立法休眠（legislative quiescence）时期（1800—1830），二是边沁主义（Benthamism）或者个人主义（individualism）时期（1825—1870），三是集体主义（collectivism）时期（1865—1900）。见Dicey，A. V. 2008. *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*. Ed. Richard VandeWetering. Indianapolis，IN：Liberty Fund。

② Vile，M. J. C. 1998. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 16.

三　纵向分权：联邦主义

从思想史的角度讲，“联邦”的观念源于《圣经》和神学中的“圣约”（covenant）传统。它最初是用来描述人与上帝之间的伙伴关系（partnership），后来用来描述形成政治共同体的人与家庭之间以及形成复合政体（compound polities）的政治共同体之间的圣约关系。16、17世纪兴起的“联邦神学”（federal theology），就是一些新教徒利用《圣经》中的圣约思想发展起来的一种体现教会治理方式的神学传统。“联邦”一词的英文表达“federal”源自拉丁文的 foedus，像希伯来语中的 brit 一样，意思是“圣约”。联邦安排就是一种根据圣约确立和规范的伙伴关系，它建立在伙伴间相互承认和尊重各自独立且自愿联合起来的基础之上，反映了一种特殊的分享（sharing）关系，其核心在于人与人之间、共同体与共同体之间的平等伙伴关系。换句话说，在这种联邦架构中，人与人之间、共同体与共同体之间是分享权力的关系，而不是统治与被统治的关系。在这种意义上，联邦主义体现了一种自治（self-governance 或 self-rule）和共治（shared rule）相结合之精神。

联邦主义源于一群自由人在确保各自独立基础之上自由地结成持久但是有限的政治联盟以图实现共同目的和保护特定权利的思想，其要旨在于政治和社会制度最好通过订立圣约或者契约来建立。[1]

联邦主义的基本前提之一是《圣经》中的平等思想——在上帝面前所有的人都是平等的，或者说，所有的人生而平等，人与人之间是一种平等的关系，而非一些人优于或者统治另一些人的关系。它意味着，所有的人都享有同等的权利和自由，在法律面前没有高低贵贱之分。并且，人与人之间的关系是根据上帝的律法——金律（Golden Rule）——确立的，即一个人想要他人如何对待自己，就如何对待他人，或者用孔子的否定式表达就是："己所不欲，勿施于人。"这不仅意味着人们要努力理解他人的想法和感受，而且意味着人们要克制自己的激情和自爱，或者说，这要求人们不仅爱自己，而且爱他人——考虑他人的利益，宛如托克维尔所说的"恰当理解的自利"（self-interest rightly understood）。[2] 当然，人是会犯错误（fallible）的动物，但只要他们愿意共同尝试互相理解和达成共识而非致力于统治和征服对方，就可以进行确立圣约式政治联盟的试验。这为构建平等自治的共同体奠定了认识论和伦理基础，为人们自由而和平共处提供了可能。[3]

---

① Elazar, Daniel J. 1987. *Exploring Federalism*. Tucaloosa, AL : University of Alabama Press, p. 5, 33, 115.

② Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 2. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York : Vintage Books, pp. 121-127.

③ Ostrom, Vincent. 1991. *The Meaning of American Federalism : Constituting a Self-governing Society*. San Francisco : ICS Press, pp. 53-68.

从哲学上讲，联邦主义是一种恰当处理“一”（one）与“多”（many）之间关系的思想观念。一方面，它强调“多”的价值，珍视多样性（diversity）和多元主义（pluralism）；另一方面，它又看重“一”的功用，承认共同性（unity）和普遍性（universality）。正如美国早期国玺上的铭文“E Pluribus Unum”寓意的一样，“一”与“多”共存，“一”出自“多”或者合“多”为“一”（one from many 或者 out of many，one），美利坚合众国的形成就是从循此理路。[①] 它也可以被表达为“在多样性中联合”（unity in diversity），意味着联合而不一统、多样而不分裂（unity without uniformity and diversity without fragmentation）。联邦主义的基本特征之一就是同时维系共同性和多样性，同时容纳联合和多元。[②] 也就是说，多样性和共同性是可以共存的，甚至可以说，只有承认多样性，才能发现共同性，才能在此基础上实现联合，建立联盟（union）。那种认为同质性（homogeneity）或者同一性（uniformity）才能导致或者加强联合的看法是错误的，其实，大一统和整齐划一往往导致分裂。

尽管联邦主义的渊源在《圣经》和神学传统中，但作为一种政治理论或者思想观念，它的出现是相对晚近的事情。无论是古希腊罗马还是中世纪的理论家，都没有认真地对待或者系统地讨论联邦主义。值得一提的是，在中世纪晚期的教会治理论战中，曾经出现过联邦主

---

① McDonald，Forrest. 1979. *E Pluribus Unum：The Formation of the American Republic，1776–1790*. Indianapolis，IN：Liberty Fund.

② Elazar，Daniel J. 1987. *Exploring Federalism*. Tucaloosa，AL：University of Alabama Press，pp. 64–67.

义的思想萌芽。当时流行的看法是教皇至上，认为教会的结构是单一制和中央集权式的，教皇拥有最高权力，这是上帝赋予教皇的，所有的主教都必须服从教皇的命令。但是，至少自 13 世纪起，这一看法遭到了一些主教制论者（episcopalists）的挑战。他们认为，尽管上帝赋予了教皇治理整个教会的权力，但上帝并未赋予其全部的权力，而是同样赋予了主教们治理他们教区的权力，主教们的权力并非来自教皇，而是来自于上帝，并且经由其辖区教众和信徒的同意。教皇和主教之间的关系不是单一制的，而是联邦制的，主教拥有教皇拥有的各项权力，只不过他们管辖的范围不一样，主教管辖其教区，而教皇管辖整个教会。尽管主教们无权废黜教皇，但教皇也无权消灭主教们，主教们在其教区享有地方自治权。这一观念对后世的教会会议至上主义（conciliarism）和宪政理论的发展产生了不小的影响，为多元主义和联邦主义在 17 世纪之后的兴起提供了思想渊源。[①]

较早阐发联邦主义思想的是 16、17 世纪的德国政治哲学家和法律家阿尔图休斯（Johannes Althusius，1557—1638），他在 1603 年出版的《政治学》（*Politica*）一书中提出了植根于圣约传统的联邦共和主义理论，探讨了人们通过自愿同意确立复合政治共同体的基本构想。作为一个从中世纪向现代社会过渡时期的理论家，阿尔图休斯认为，“政治是人们为了在他们之间确立、培育和保存社会生活的目的而结社（联合）的艺术。由此，它被称作‘共生学’（symbiotics）。政治的主要内

① Tierney，Brian. 1982. *Religion，Law，and the Growth of Constitutional Thought，1150-1650*. New York：Cambridge University Press，pp. 54-79.

容是社团，共生者（symbiotes）通过明示或者默示的协议为社会生活的和谐运转而相互承诺对任何有益和必需事务的互相交流。”[①]共生者是“联席工作的人——他们通过结社和联合协议，互相交流使精神和身体获得满足的任何适当之事务。换句话说，他们是共同体生活的参加者或者伙伴”[②]。

阿尔图休斯把社团分为两类：一类是私社团（private associations），包括家庭和成员权力平等团体（collegium）；一类是公社团（public associations），包括城市、省和共和国（commonwealth）。家庭是基于特别圣约（covenant）形成的自然共生体，是所有社团的基础，其他社团都来自于它或者依赖它存续。成员权力平等团体是一些人根据自己的偏好通过共同同意（common consent）组成的社团，诸如基尔特（行会组织）、公司以及其他志愿组织。当许多私社团为了确立包容性的政治秩序（inclusive political order）而自愿联合在一起时，就形成了城市。城市和其他的社团自愿组成了省，而省又和城市、地区等社团自愿组成了共和国。共和国的成员不是个人、家庭或者其他私社团，而是城市、省和地区。[③]

---

① Althusius，Johannes. 1995. *Politica：An Abridged Translation of Politics Methodically Set Forth and Illustrated with Sacred and Profane Examples*. Ed. and Trans. Frederick S. Carney. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 17.

② Althusius，Johannes. 1995. *Politica：An Abridged Translation of Politics Methodically Set Forth and Illustrated with Sacred and Profane Examples*. Ed. and Trans. Frederick S. Carney. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 19.

③ Althusius，Johannes. 1995. *Politica：An Abridged Translation of Politics Methodically Set Forth and Illustrated with Sacred and Profane Examples*. Ed. and Trans. Frederick S. Carney. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 27–67.

在阿尔图休斯看来，所有社团都是建立在自愿同意基础之上的。个人通过自愿联合形成了小的社团，而小的社团又通过自愿联合形成了大的社团，社团之间并非等级隶属关系，而是平等的联邦关系。每个社团的行政长官都是人民的代理人，根据人民的普遍同意进行治理，而非凌驾于人民之上。[①] 他反驳了博丹的主权观，认为主权不是在共和国的统治者手里，也不是在单个成员或者单个人手里，而是在全体成员和整个群体手里，在作为集合体的人民手里。虽然博丹认为主权是最高权力，不受法律制约，但阿尔图休斯认为，主权并非至高无上或者不受制于法律，相反，它受制于神法和自然法。[②]

阿尔图休斯构建的联邦共同体是契约和圣约关系的产物，是普遍同意的结果，人民是它的主人和真正的统治者。他指出："所有的王国和共和国都是基于相互之间联合的契约、基于臣民与其未来的国王之间同意的圣约以及基于双方严格遵守互负的确定义务而建立的。当这种义务被违反时，国王的权力就失去其力量且被终止。据此，没有官员，人民可以存在，但没有人民，官员无法存在，人民创制了官员，而非相反。因此，国王是人民为了人民的目的而创制，是受人民之托负责共和国安全的执行者。官员或者国王是终有一死的个人；王国或者共

---

① Althusius, Johannes. 1995. *Politica: An Abridged Translation of Politics Methodically Set Forth and Illustrated with Sacred and Profane Examples*. Ed. and Trans. Frederick S. Carney. Indianapolis, IN: Liberty Fund.

② Althusius, Johannes. 1995. *Politica: An Abridged Translation of Politics Methodically Set Forth and Illustrated with Sacred and Profane Examples*. Ed. and Trans. Frederick S. Carney. Indianapolis, IN: Liberty Fund, pp. 70–71.

同体是不朽的。当国王死去时，王国的权力就回到王国各阶层手里。”①

在很大程度上讲，阿尔图休斯设计了一个理想的政治共同体，它是完全联邦式的，或者说，联邦的精神和原则体现在这个共同体的所有方面。当博丹和其他理论家在 17 世纪致力于建立高度集权的国家或者民族国家时，阿尔图休斯提供了一幅完全不同的图景——通过自愿同意的方式构建分权的联邦政体。在政治学家埃拉扎（Daniel J. Elazar）看来，阿尔图休斯对联邦主义理论的贡献至少体现在七个方面：（1）其政治哲学的根基完全秉承了圣约传统，将共同体的构建甚至政治本身完全视为联邦式的；（2）其主权在民的思想挑战了传统的主权理论，为联邦主义的发展创造了条件；（3）他在西方文明的圣经传统与现代政治思想和制度之间架起了一座桥梁，强调了政治安排的先验基础；（4）他发展了世俗根本法的观念，并承认它与神法和自然法可以和谐共存；（5）他对于现代民主保持开放的态度，包括妇女和各阶层的政治参与；（6）他认识到了公域与私域之间的区分及其关联；（7）他对政治的界定——事物交往的有效秩序安排（effective ordering of communication of things，services，and rights）——为我们理解当代政治学面临的政治现象提供了出发点。②

---

① Althusius，Johannes. 1995. *Politica：An Abridged Translation of Politics Methodically Set Forth and Illustrated with Sacred and Profane Examples*. Ed. and Trans. Frederick S. Carney. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 122.

② Elazar，Daniel J. 1995. “Althusius’ Grand Design for a Federal Commonwealth” (Foreword)，in Althusius，Johannes. *Politica：An Abridged Translation of Politics Methodically Set Forth and Illustrated with Sacred and Profane Examples*. Ed. and Trans. Frederick S. Carney. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. xli–xlvi.

尽管阿尔图休斯曾被认为是一个中世纪社团主义（medieval corporatism）的支持者，但在埃拉扎看来，他不仅是一个从中世纪社团主义向现代联邦主义（modern federalism）过渡时期的关键人物，而且为后现代联邦主义（postmodern federalism）提供了思想渊源。17 世纪之前的前现代联邦主义（premodern federalism）有着深厚的部落或者社团基础，个人被视为永久性群体的成员，其权利和义务完全或者主要来自群体成员身份。现代联邦主义强调共同体主要建立在个人及其权利基础之上，不承认代际间的群体（intergenerational groups）。而后现代联邦主义的特点是，既承认个人及其权利的重要价值，又承认群体的真实、合法与适当的地位。[①] 不论我们是否接受埃拉扎的这种后现代解读，阿尔图休斯作为联邦主义理论开创者的角色都不容忽视。

阿尔图休斯的一些同时代人或者稍后的理论家，诸如格劳秀斯（Hugo Grotius）、莱布尼茨（Gottfried Leibniz）、斯宾诺莎（Benedict Spinoza）、雨果（Ludolph Hugo，1630—1704）等，也或多或少讨论了联邦的构想，尽管他们当中的一些人只是从国际关系或者国际法的角度进行分析，或者将联邦等同于邦联。[②] 德国理论家和政治家雨

---

① Elazar，Daniel J. 1995. "Althusius' Grand Design for a Federal Commonwealth" (Foreword)，in Althusius，Johannes. *Politica：An Abridged Translation of Politics Methodically Set Forth and Illustrated with Sacred and Profane Examples*. Ed. and Trans. Frederick S. Carney. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. xl.

② Elazar，Daniel J. 1987. *Exploring Federalism*. Tucaloosa，AL：University of Alabama Press，pp. 138–141；Riley，Patrick. 1976. "Three 17th Century German Theorists of Federalism：Althusius，Hugo and Leibniz"，*Publius* 6(3)：7–41；Ward，Lee. 2009. "Early Dutch and German Federal Theory：Spinoza，Hugo，and Leibniz"，in *Ashgate Research Companion to Federalism*，ed. Ann Ward and Lee Ward，91–106. Burlington，VT：Ashgate.

果开创性地指出了邦联联盟（confederal leagues）、分权单一制政府（decentralized unitary governments）和联邦政府（federal governments）之间的区别，并把邦联和单一制政府视为两种极端的政体。联邦政府——他称之为“双重政府”（double government）——介于这两种政体之间，其基本特征是权力在高层级政府（最高政府）和低层级政府之间分割，前者管理事关全局或者普遍福祉的事务，后者管理地方性或者个别地区的事务，并且后者也被视为邦国政府（state government），具有某些类似于高层级政府享有的最高权力。尽管这种政府之间的等级观念仍然带有那个时代的主权思维烙印，但在不同政府之间划分权力的思想带有明显的联邦特征。他甚至讨论了不同政府之间的权限和职能划分，缔结条约、战争以及制定一般性法律的权力属于高层级政府，而涉及公民日常生活需要、私人争讼以及惩罚犯罪等方面的权力则属于低层级政府或者地方邦国。这种“联邦权利”（federal rights）与“邦国权利”（states’ rights）之间的区分，显然与现代联邦主义的观念十分接近。[①]

17 世纪的联邦主义理论家大都挑战了博丹和霍布斯意义上的主权理论——主权的不可分割性和至高无上性，或者说，他们提出联邦理论的重要理由之一就是对当时流行的主权理论感到不满。譬如，莱布尼茨认为，主权并不意味着至高无上的权力，即使在集权国家也不

① Riley, Patrick. 1976. “Three 17th Century German Theorists of Federalism：Althusius, Hugo and Leibniz”, *Publius* 6(3)：7-41, pp. 22-25. 值得一提的是，这篇文章的作者认为，在 17 世纪的德国政治理论家中，雨果比阿尔图休斯更接近现代联邦主义，前者的“双重政府”思想比后者的“共生宪政”（symbiotic constitutionalism）更具现代联邦主义的特征。

存在所谓的最高权力。通过主张主权者即一个区域的主人（master of a territory），并在主权之上创设一个更高的“权威”（majestas）——由更大范围的共同体或者帝国拥有，他削弱甚至清除了主权概念中的至高无上性。莱布尼茨否定了主权的现实，否认了在任何政府中存在绝对的中央权力，认为几个地区可以联合成一个共同体，组成联邦（ùnion）。他认识到了邦联和联邦之间的不同，前者只是一种松散的联盟（alliance），而后者则形成一种特定的政体，具有国家的某些特征，拥有某些事关全局事务的权力。[①]

18 世纪堪称“联邦主义时代”，无论是从理论发展的角度讲，还是从实践演进的角度讲，都具有开创意义，且硕果累累。对三权分立思想贡献甚巨的孟德斯鸠发现，“如果一个共和国太小，它易为外部力量所破坏；如果它太大，则易为内部缺陷所摧毁。”[②] 因此，他倡议建立一个“邦联共和国”（confederate republic）——既具有一个共和国的内部优势，又具有一个君主国的外部优势。在他看来，这种政府形式是一种契约（convention），几个小国据此同意确立一个大国，即若干个社会聚集在一起形成一个大的，直到其能提供整个共同体的安全。这种共和国既能够抵御外来的侵犯，也能防止内部的腐化，克服了各种不便。他指出，古希腊罗马的繁荣就与这种邦联或者盟邦有关，他那个时代的荷兰、德国、瑞士也具有邦联的特征，被视为永久性的共

---

① Riley, Patrick. 1976. “Three 17th Century German Theorists of Federalism：Althusius, Hugo and Leibniz”, *Publius* 6(3)：7–41, pp. 26–29.

② Montesquieu, Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one) Trans. Thomas Nugent. New York：Hafner Publishing Company, p. 126.

和国。[1]

孟德斯鸠发现，在这种政体里，当某个人试图攫取最高权力时，他无法在所有邦联成员国里获得同样的权威和信任；如果他征服了一部分，其余部分则可以反击并战胜之；如果一个成员国发生了叛乱，则其他成员国能够平息之；如果一部分出现了权力滥用，其余部分则可以图谋革新以改正之；邦联也许会解体，但各成员国仍保留其主权。在孟德斯鸠看来，邦联政府应该由政体性质相同的成员国构成，尤其是共和国，因为“君主国的精神是战争与扩张，而共和国的精神是和平与节制。”这两种政府很难在一个邦联政府里共存。[2]这种观念或许影响了美国的“国父”们，以至于他们在《美利坚合众国宪法》中规定，联邦政府应当确保每个州都是一个共和国。[3]

毋庸置疑，孟德斯鸠的联邦思想尚处于初级阶段，他没有系统阐述联邦政体的基本理论，甚至还没有厘清邦联和联邦之间的区别。这一任务的完成要等大约 40 年之后美国“联邦主义者”（federalists）卓越的努力。他们不仅是出色的实践家——参与立宪并成为缔造美利坚合众国的“半神半人”（demigods，杰斐逊语），而且是非凡的理论

---

① Montesquieu，Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one) Trans. Thomas Nugent. New York：Hafner Publishing Company，pp. 126–127.

② Montesquieu，Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one) Trans. Thomas Nugent. New York：Hafner Publishing Company，pp. 127–128.

③ 见 Section 4 of Article IV of the Constitution of the United States of America：“The United States shall guarantee to every State in this Union a Republican Form of Government，and shall protect each of them against Invasion；on Application of the Legislature，or of the Executive (when the Legislature cannot be convened) against domestic Violence”。

家——系统阐释了联邦主义思想并创作了经典作品《联邦主义文集》（*The Federalist* or *The Federalist Papers*）。在其为建立一个联邦共和国而进行的论述中，他们首先澄清了邦联与联邦之间的区别，并指出了邦联存在的理论与实践问题。在汉密尔顿看来，邦联的根本缺陷之一在于，它是邦（国）的联合，而不是人的联合。邦联政府是建立在对邦（国）的立法基础之上，而不是建立在对个人的立法基础之上，是对集体的立法，而不是对个人的立法。也就是说，邦联政府的治理对象是邦（国），邦联政府的法律约束的是邦（国），而不是个人。这种制度安排的结果是，如果邦（国）违反了邦联法律，除了诉诸武力之外，根本没有办法通过和平的方式执行法律。[①] 譬如，如果邦（国）拒绝缴税，邦联政府除了武力征缴之外，无法迫使其履行法律义务。

汉密尔顿认为，邦联政体不是一个正常的政府，甚至与政府的基本观念不容，因为政府是以温和的行政力量来运作，而邦联则必须诉诸武力。在很大程度上讲，邦联的存在和运作依赖于各成员邦（国）的真诚善意（good faith），无法对法律强制执行。然而，不能强制执行的法律不过是"建议"（advice）或者"咨询意见"（recommendation），难以落到实处。如果立法以邦（国）为对象，那么，只要它们消极不服从，便可以挫败法律；如果立法以个人为对象，那么，只有它们直接和积极抵抗，才能阻碍法律的执行。实际上，政府的适当治理对象只能是个人，而不能是集体，因为对个人可以采取和平的手段进行

① Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN : Liberty Fund, pp. 71-75.

行政强制，而对集体的强制只能诉诸战争。邦联并不是一个真正的政府，而是一个政府中的政府，一个基于“主权内主权”（imperium in imperio）而形成的政治怪物。[①]麦迪逊也指出：“一个主权之上的主权（a sovereignty over sovereigns），一个政府之上的政府（a government over governments），一项针对共同体（communities）而非个人的立法，正如其在理论上是荒谬的一样，其在实践中通过以**暴力**取代**法律**，或者以**武力**的破坏性**强制**（destructive coercion of the sword）取代温和与有益的**行政强制**（mild and salutary coercion of the magistracy），摧毁了公民政治体（civil polity）的秩序与目的。”[②]

美国独立后成立的邦联暴露了其不可避免的缺陷。汉密尔顿指出，邦联政府缺乏对法律的执行权，无权强求服从或者惩罚不遵守法律的行为；各邦政府之间缺乏相互帮助的保证，缺乏有机的联系；邦联政府的存在依赖各邦上缴的财政配额，而无论根据土地还是人口来进行配额都是不合理的；邦联政府缺乏对贸易和商业的管辖权，无法平息各邦之间的贸易纷争，以及与国外订立有利的条约；邦联政府没有自己的军队，其军事力量不过是向各邦征用一定数额的人员；各邦的平等投票权经常导致多数服从少数，以致政府难以采取任何行动；邦联没有自己的司法机构，无法对自己的法律进行解释和适用，容易沦为一纸空文；邦联未经人民批准，只是各邦立法机关同意的结果，而人

---

① Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 68–80.

② Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 99. 强调为原文所有。

民的同意应当是所有合法权力的源泉。[①]

鉴于此，麦迪逊、汉密尔顿等联邦主义者力主改邦联为联邦，将全国性政府的权威建立在个人基础之上，将其治理的对象设计为个人，同时保留各邦政府的存在，使其与全国性政府分享管辖权。美国联邦主义者的创新在于，把大国的安全和小国的自由很好地结合起来，通过把小的共和国、共同体联合在一起，形成一个大的且自由的共和国。众多的小共和国形成了一个大的“联邦共和国”（federal republic），麦迪逊称之为“复合共和国”（compound republic）或者“扩展了的共和国”（extended republic）。[②] 无论是小的共和国，还是大的共和国，都奠基于公民个人之上，形成重叠性和共存性管辖权（overlapping and concurrent jurisdictions）。大共和国与小共和国之间不是服从或者隶属关系，而是平等分享治理关系。

美利坚联邦共和国的诞生，在很大程度上修正了18世纪以前人们对共和国的一种误解。早期的政治理论家们倾向于认为，要建立一个共和国，只有在面积较小的土地上才可能。也就是说，只有一个城邦国家，才可能建成一个共和国，就像古希腊罗马以及中世纪的城市共和国那样。根据18世纪以前的政治理论，建立一个大的共和国，几乎是天方夜谭。但是，在麦迪逊看来，建立一个大的共和国不仅可能，而且可行，甚至大的共和国会更加自由和繁荣。那么，原因何在呢？

---

① Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN：Liberty Fund, pp. 99–112. 强调为原文所有。

② Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN：Liberty Fund, pp. 270–271.

麦迪逊发现，在民治政体（popular governments）下，由于人们享有广泛的自由和权利，难免会出现派系（faction）——一群人（无论是少数还是多数）由于共同的激情、利益或者损害他人权利的妄念等原因联合起来，而控制派系的暴力威胁对于秩序的维系和自由的保护十分关键。对付派系之争，大致有两种方法：一种是消除派系产生的原因，一种是控制其产生的后果。前者又存在两种方式：一是摧毁派系产生的根源——自由，自由对于派系而言，就如空气之于火，然而，毁灭自由比出现派系本身还糟糕，无异于因噎废食；二是让每个人都拥有同样的观念、同样的激情以及同样的利益，而这是不可能的，只要人们可以自由运用自己的理性，只要他们会犯错误，只要他们的理性与自爱之间存在着关联，只要他们的能力存在差别，他们就会产生不同的观念、不同的激情、不同的利益。可见，派系深植于人性之中，几乎无处不在，企图消除其产生原因要么不切实际，要么不够明智。[①]

既然如此，那么对付派系的适当方式只能是控制其后果或者影响。如果一个派系是由少数组成，那么救济办法就是诉诸共和原则——通过表决让多数战胜少数。如果一个派系是由多数组成的，那就不能再指望多数战胜少数的表决机制了，因为这很可能牺牲少数的利益或者公共利益。那该怎么办呢？既然无法阻止多数中拥有同样的激情或者利益，那么，关键在于如何防止多数联合起来采取压制手段。麦迪逊发现，有两种方式可以帮助阻止多数变得专制：一是通过共和制或者

① Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 42-45.

代议制，通过选举将权力授予一小部分人；二是通过增加公民的数量和地理范围，扩大共和国的规模。与直接民主制（pure democracy）比较起来，共和制或者代议制的优点是显而易见的。前者由人民亲自参与政治，无法防止多数暴政，而后者通过选举“提炼和扩大了公众意见”（refine and enlarge the public views），当选者的智慧有助于辨清真正的公共利益，其对正义的热爱使其难以牺牲于短期利益或者不公正考虑。并且，在大共和国里，更加容易通过代议制选举出合适的公职人员，欺世盗名之徒更加难以利用阴谋诡计当选。[①]

同时，在一个共和国中，公民人数的增加和地域的扩大，使得派系的威胁变小。原因在于，一个社会越小，构成这个社会的各种利益集团和派系就会越少，因而同一个利益集团或者派系成为多数的可能性就会越大；形成多数的人数越少，他们就越容易达成一致以镇压少数。反之，一个社会越大，构成这个社会的各种利益集团和派系就会越多；这时，要让如此多的利益集团和派系形成多数，并有一个共同的动机以侵犯少数人权利的可能性就会越小；即便这样的一个共同动机能够形成，要让这么多集团和派系一致行动起来也非常困难，因为人数越多，他们之间的信任关系就越不容易建立起来。[②] 可以想象，假如一个社会中只有三个人，任何两个人联合起来都构成一个多数，都可以轻而易举地侵害第三个人的权利。但是，如果这个社会中有几

---

① Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN : Liberty Fund, pp. 45–47.

② Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN : Liberty Fund, pp. 47–48.

百万、几千万甚至几亿人，并且他们又分成无数个利益团体的话，要想形成多数，就不是那么容易的事情。

这样，麦迪逊天才地发现，一个大的共和国不仅可能，而且还会更加稳固和自由。而联邦主义的制度安排，恰恰使这样的一个大共和国变为现实。它不仅解决了13个殖民地的安全问题，而且能使人们的自由得到保护。一方面，联邦主义通过联邦和地方之间主权的分享以及众多组织单位的确立避免了难以约束的中央集权；另一方面，它又可以通过确立一个真正的全国性政府从而避免了松散邦联的脆弱性和“主权内主权”的荒谬。联邦主义很好地实现了中央集权和松散邦联之间的平衡，使一个大的且自由的共和国变为可能。

联邦主义的根本在于纵向的分权制衡，在于全国性政府（联邦政府）与地方性政府（各邦政府）之间的权力分立与相互制衡，从而更好地保护个人的自由和权利。恰如麦迪逊指出的那样：“在一个单一制共和国（single republic）里，人民授予政府的所有权力都由一个单一的政府（single government）来行使；权力的僭越依赖于通过创立分立的政府部门来防止。在美利坚的复合共和国（compound republic）里，人民授予政府的权力首先在两个分立的政府间分割，然后每个政府的权力再在分立的部门间分割。因此，人民的权利受到一个双重安全阀的保障（double security）。不同的政府将相互制约，同时，每一个政府也将为其自身所制约。”[①] 可见，联邦主义造就的这种纵向分权，为孟德

① Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 270.

斯鸠倡导的三权分立，增加了另一个重要纬度。这两种分权结合在一起，大大降低了权力滥用之可能，对个人的权利和自由起到了双重保护作用，更加有利于一个自由社会的建立。

在某种意义上讲，联邦主义体现了全国性政府（联邦政府）和地方政府（各邦政府）之间的主权分享关系，各自享有一部分主权，尽管这一说法容易引起误解——因为从根本上说主权在个人手里。这种格局意味着，无论是全国性政府还是地方政府，都只是享有部分权力。在联邦体制下，全国性政府和地方政府之间并非隶属关系，而是平等的伙伴关系，仅仅存在管辖权或者管辖的范围不同。全国性政府管辖事关全局的事务，诸如战争、外交以及国际贸易等，而地方性政府管辖地方性的事务，诸如那些与人们日常生活联系密切的财产、契约、婚姻等。从这个意义上讲，联邦主义与中央集权适成对照。

美国从邦联走向联邦的历史事实让一些人误以为，联邦接近于甚至等同于中央集权或者国家主义。其实，联邦主义者构建的联邦共和政体与中央集权或者单一制政体完全不同，与法国等意义上的民族国家相去甚远。联邦主义者决不打算建立一个中央集权政府，决不打算走向大一统。相反，他们深知中央集权和大一统的弊害，深知其对个人自由和权利的威胁。他们心目中的联邦政府，是一个权力分享和高度分权的政府。麦迪逊在《联邦主义文集》第十四篇中明确指出："首先必须记住的是，我们决不授予这个全国性政府全部的立法和执法权。它的管辖范围只限于特定的明确列举出来的事项，这些事项涉及共和国的所有成员，但是又无法依赖于各成员分别完成。下级政府将保留

它们应有的权力和治理活动，它们可以将它们的关心扩展到所有的那些可以独立完成的事项上来。如果制宪会议的提议是废除各州的政府，那么联邦宪法的反对者有理由坚持他们的反对；尽管显而易见的是，如果各州的政府被废除了，全国性政府将不得不在其适当的管辖区域内重新恢复它们而求自保。”①

当麦迪逊谈到提议中宪法的性质时，他从五个方面仔细辨析了宪法的联邦特征。首先，就新宪法确立的基础来说，它“不是全国性的（national），而是联邦性的（federal）。”一方面，该宪法建立在美国人民同意和批准的基础之上，经由人民为特别目的选举的代表完成；另一方面，同意和批准的人民，不是作为构成全国国民的个人，而是作为构成各邦邦民的个人，是由各邦同意和批准的。该宪法的批准既不是由全国人民的多数也不是由所有邦的多数来决定的，而是由各邦的全体一致同意（unanimous assent）来决定的。如果这里的人民形成了一个（单一的）国家国民，那么，全体国民的多数应该约束少数，同样，每一个邦中的多数也应该约束少数，并且，多数的意志必须由多数的国民或者多数的邦来决定，以体现全体国民的多数意志。然而，该宪法的批准并没有采纳这两种原则的任何一种，而是由每一个邦——被认为是一个独立于所有其他邦的主权者（sovereign body）——自愿决定是否批准。②

其次，从政府权力的来源上看，该宪法“既是全国性的，也是联

① Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 65.

② Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 196-197.

邦性的”。众议院根据人数由人民选举产生，而参议院则由各邦选举产生，且每个邦产生的议员相同，都是两个。总统的产生则具有复合（compound）性质，虽然由全体国民投票，但选举的票数分给各邦，将其视为分立和平等的共同体。① 再次，从政府运作的角度来看，该宪法具有全国性特征，尽管也许不像人们理解的那样纯粹。联邦政府的运作对象的确是构成全体国民的公民个人，而不是构成邦联的政治体，不过，在一些情况下，尤其是在审理各邦作为一方当事人之案件时，各邦也被视作集合政治体。② 复次，从政府权力的范围来看，该宪法“是联邦性的，而非全国性的”。因为，“全国性政府”（national government）的观念不仅意味着权力基于公民个人，而且意味着该政府对所有的人和事物拥有无限最高权（indefinite supremacy），而对于为了特定目的联合起来的政治共同体（联邦），其权力部分赋予联邦政府，部分赋予地方政府（各邦政府）。在“全国性政府”的安排下，所有地方政府都要服从最高政府，后者控制、命令或者根据自己的喜好废除前者。而在联邦的格局下，地方政府本身就构成了最高权威的独立组成部分，在其管辖范围内受制于联邦政府的程度不亚于联邦政府在自己的管辖范围内受制于地方政府的程度。从这个意义上讲，提议中的政府不是一个“全国性政府”，而是一个联邦政府，因为它的管辖权仅仅及于特定明确列举的事项，剩下的针对所有其他事项的不可侵

① Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 197.

② Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 197–198.

犯的主权（residuary and inviolable sovereignty）归各邦所有。[①]

最后，从宪法修正案的角度来讲，该宪法“既不是完全全国性的，也不是完全联邦性的”。如果它是全国性的话，最高和最终的权力将在全国人民的多数手里，并且，这种权力在任何时候都能够改变或者废除它所确立的政府。如果它是完全联邦性的话，每个邦的同意对于宪法的任何修改都将是必需的。然而，制宪会议上提供的修宪模式不是这两种中的任何一种，而是要求超多数的邦——而非公民——同意，因此具有联邦性特征，但同时，它又不要求所有的邦同意，因此具有全国性特征。[②]

在条分缕析地考察了提议中宪法的性质之后，麦迪逊总结道：“因此，即使根据其反对者提出的规则进行检验，严格来说，提议中的宪法既不是全国性的，也不是联邦性的，而是两者的混合。就其根本而言，它是联邦性的，而非全国性的；就政府日常权力之来源而言，它是部分联邦性的，部分全国性的；就这些权力之运作而言，它是全国性的，而非联邦性的；就其权力之运作范围而言，再一次，它是联邦性的，而非全国性的；最后，就进行修正案的权力模式而言，它既不是完全联邦性的，也不是完全全国性的。”[③]

---

① Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 198.

② Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 199.

③ Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 199.

必须指出，麦迪逊（以及汉密尔顿和杰伊）当时经常不加区分地使用“federal”“confederation”“confederacy”等词，“national government”有时候意味着联邦政府（federal government），有时候又意味着单一制或者中央集权体制下的中央政府（central government under the unitary system）。因此，确定其意涵不可不小心谨慎，不可不仔细地考察其语境和上下文，否则很容易误解其真义。[1]譬如，麦迪逊在这里所说的“全国性的”（national）或者“全国性政府”（national government）就意指单一制或者中央集权体制下的中央政府，而非联邦制下的全国性政府（联邦政府）。他在这里所说的“联邦性的”（federal）在很大程度上意味着邦联。所以，当他说提议中的宪法“既不是全国性的，也不是联邦性的，而是两者的混合”时，他表达的真实看法——至少根据我们今天对这些概念的理解，这部宪法既不是单一制或者中央集权性质的宪法，也不是邦联性质的宪法，而是联邦性质的宪法。

其实，麦迪逊等联邦主义者从未试图建立一个中央集权政府，从未试图要建立一个地方政府受制于中央政府的政体，相反，他们建立的是一个高度分权的联邦政府，是一个各邦政府与联邦政府平起平坐甚至胜过后者的政体。在《联邦主义文集》第四十五篇和第四十六篇中，麦迪逊指出，无论从哪个方面讲，各邦政府都比联邦政府具有优势。第一，从相互依赖的角度来说，联邦政府对于各邦政府的依赖远超后者对于前者的依赖。“各邦政府可以被认为是联邦政府的必需组成

① Ostrom, Vincent. 1991. *The Meaning of American Federalism: Constituting a Self-governing Society*. San Francisco: ICS Press, pp. 69-97.

部分，而后者对于前者的运作或者组织而言决非必需。”比如，没有各邦的参与和插手，联邦政府的总统、国会的产生都会出现困难，相反，各邦政府的产生几乎不受联邦政府的影响。①

第二，就个人的影响而言，联邦政府也无法与各邦政府相提并论。联邦政府的雇员，无论是在数量还是在影响力方面，都无法与各邦政府的雇员媲美。②

第三，就各自的权力而言，联邦政府更是难以与各邦政府抗衡。“提议中的宪法授予联邦政府的权力寥寥无几且明确限定（few and defined）。那些保留给各邦政府的权力繁多且无限（numerous and indefinite）。前者主要适用于对外事项，诸如战争、和平、谈判及对外贸易，征税权将主要和最后一项相连。保留给各邦的权力将扩及日常事务中的所有事项，涉及人民的生命、自由和财产，还有邦的内部秩序、改良增进以及繁荣昌盛。”“联邦政府的运作，在国家面临战争和危险之际最广泛和重要；各邦政府的运作，则在和平和安全之时最广泛和重要。由于战争和危险时期可能远远短于和平和安全时期，各邦政府将拥有优于联邦政府之势。诚然，联邦的权力越是充分地用于国防，它们胜过各邦政府的那些危险场景就越稀少。”③

---

① Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 239–240.

② Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 240–241.

③ Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 241.

第四，就人民的倾向和支持而言，联邦政府也不是各邦政府的对手。联邦政府和各邦政府不过是人民的不同代理人和受托人，拥有不同的权力，为了不同的目的而被确立，最终的权力仍在人民手里，人民有权根据自己的情感和偏好做出选择。然而，无可怀疑的是，人民的首要的、最自然的情感与其相应的邦政府相连。如果人民将来有一天对联邦政府的偏爱胜过对各邦政府的喜欢，它也只能源自联邦政府的良好运转，但即便如此，各邦政府也不必担忧，因为联邦政府的运作范围有限，只在特定的范围内联邦权力才可能处于优势。[①]

最后，就相互抵制和挫败对方的倾向与能力而言，各邦政府也处于上风。由于联邦政府的成员来自于地方，受地方的影响，地方精神（local spirit）在国会里的盛行程度要远胜过联邦精神（national spirit）在各邦议会里的盛行程度，各邦立法机关的成员可能对全国性事务的兴趣不大，而联邦国会的成员则很可能对地方性事务感情深厚。在很大程度上讲，联邦国会的议员经常是各邦的忠实党徒，而非联邦共同利益的公正捍卫者，他们往往优先考虑各邦的福祉，而非联邦的未来。对联邦权力的担忧没有太大必要，因为与各邦的权力相比，它们并不能构成可怕的威胁。[②]

由此可见，联邦主义者并未试图构建一个中央集权政府或者单一制政体，而是致力于确立一个权力受到极大限制的联邦政府或者复合

---

① Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 242–244.

② Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 244–248.

共和政体，并未企图建立一个无限政府，而是竭力设计一个有限政府。那种认为美国“国父”们缔造了一个中央集权政府的看法，是对美国历史的严重误读，是对联邦主义的严重曲解。至于美国内战之后——尤其是20世纪以来——美国联邦政府权力的不断扩张以及集权化倾向，并不意味着联邦主义本身出了问题，更不意味着这种倾向是可欲的，而是意味着现代政治实践在一定程度上背离了“国父”们设计的联邦主义。美国宪政的未来是恢复“国父”们开创的联邦主义传统，限制联邦政府的权力扩张，而不是在集权道路上越走越远。否则，美国的自由与繁荣将面临危险。[①]

① Ostrom, Vincent. 2008. *The Political Theory of a Compound Republic: Designing the American Experiment*. 3rd ed. Lanham, MD: Lexington Books, pp. 181–225; McClellan, James. 2000. *Liberty, Order, and Justice: An Introduction to the Constitutional Principles of American Government*. 3rd ed. Indianapolis, IN: Liberty Fund, pp. 321–326; Morley, Felix. 1959. *Freedom and Federalism*. Chicago: Henry Regnery Company.

第三章　三权分立

任何单个人，或者任何众人组成的大会、法庭或者社团（哪怕它是议会两院），篡夺治理权、立法权和司法权这三种权力于一身，等于使他们自己成为世界上最高等的暴君，使人民成为最低等的奴隶，因为他们根据自己的喜好终极地执行他们自己制定和解释的法律，怎么可能还有比这更加无法无天和任意专断的呢？[①]

——克莱门特·沃克

① Radin，Max. 1938. "The Doctrine of the Separation of Powers in Seventeenth Century Controversies"，*University of Pennsylvania Law Review* 86(8)：842–866，p. 855. 沃克系 17 世纪英国法律家和政治家，是最早提出三权分立的人物之一，著有《独立派的历史》（*History of Independency*）等，1651 年死于伦敦塔。

一　立法权

从性质上讲，立法权的主要职能是确立社会运行的一般性规则，即通常所说的“立法”或者“制定法律”。在自由社会里，一切权力属于全体公民，立法权亦不例外，但是应该通过选举代表的方式行使此种权力，正如孟德斯鸠所言：“由于在自由的国度里，每个自由人都应是他自己的统治者，因此立法权应当在全体人民手里。但是，因为这在大国是不可能的，在小国也受制于诸多不便，所以，人民应当通过他们的代表处理他们自己无法处理的事务。”[①]这意味着实行代议制，由人民选举的代表组成立法机关或者议会，由它来行使立法权。[②]

---

① Montesquieu, Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one) Trans. Thomas Nugent. New York : Hafner Publishing Company, p. 154.

② 孟德斯鸠对人民直接参政抱有深深的怀疑，他意味深长地说：“大部分古代共和国的一个巨大缺陷是，人民有权参与积极的决策，诸如要求执行的事务，而这是他们绝对不能胜任的。除了选举代表之外——这在他们的能力范围内，他们不应该参与到政府中。因为，尽管很少有人能够辨别出来人们能力的确切状况，但几乎所有人都大体能够判断他们选举的人是否比其大部分邻居更加胜任。”见 Montesquieu, Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one) Trans. Thomas Nugent. New York : Hafner Publishing Company, p. 155。

从结构上讲，合乎宪政的立法机关应由两院组成，即实行两院制（bicameralism）。通常情况下，一个是参议院（上议院），一个是众议院（下议院），两院成员的产生、组成、任期以及职权等方面存在重要差别。这种差别决定了两个机构的分立与相异，意味着立法权在两个不同机构之间分享。两院制的好处在于，它不仅与联邦政体在制度安排上相得益彰，而且可使立法机关内部形成进一步的分权制衡，有助于约束立法权的行使，防止侵犯个人权利和自由的法律获得通过。

两院制的观念和实践历史悠久，它与“混合政府”（mixed government）的理论密切关联。这一理论认为，不同的社会阶层在政体设计中应当有所体现，以保持相互之间的平衡，贵族阶层构成贵族院，平民阶层构成平民院，正如古罗马以来尤其是英国历史上的制度演进一样。两院之间的互相制衡作用已经为孟德斯鸠注意到，因此他建议将立法权赋予两个不同的机构——它们各自有自己的看法和利益，以使贵族制约人民的放肆（licentiousness），使人民制约贵族的侵犯（encroachment）。[①] 部分源于混合政府的观念，部分源于联邦主义的洞见，美国的“国父”们充分认识到了两院制对于建立一个有限政府的重要价值。

譬如，麦迪逊认识到了立法权在共和政体中的优势地位，以及通过内部分权制衡对其进行限制的必要性。他指出：“在共和政府中，立法权必定处于优势地位。对这种不便的救济是，将立法机关分为不同

① Montesquieu，Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one)，Vol. 1. Trans. Thomas Nugent. New York：Hafner Publishing Company，p. 155.

的分支，并通过不同的选举方式和不同的行动原则，让它们在其共同职能的性质和共同对社会的依赖所许可的范围内尽可能少地相连。"[①]他强调说，两院制在所有情况下都是对政府的有益制约，"通过要求两个不同的机构在篡权或者背信的阴谋中同时同意（concurrence）——否则一个机构的野心或者腐败足以使阴谋得逞，它对人民起到了双重保护作用"。"由于两个机构合谋作恶的不可能性与他们的差异性成比例，在所有与一切适当措施中的应有和谐以及共和政府的真正原则相一致的情况下，将二者区分开来必定是明智的。"[②]麦迪逊充分认识到两院制的比较优势，进一步指出："人民决不会故意地背叛他们自己的利益，但是他们可能被自己的代表背叛；将整个立法权委托给一个机构，与每一个法案都要求两个分立且不同机关之同时同意相比，危险显然更大。"[③]

比较一院制与两院制，不难发现后者具有一些明显的优点。首先，在实行一院制的政体中，通常只有众议院（下议院），议会的产生完全是基于人口进行，且议员人数相对较多，难免受到"突然且强烈的激情"（sudden and violent passions）所左右，难免受到结党营私之徒放肆和险恶决议的引诱。为了对付这种激情和引诱，需要一个人数更少、

---

① Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 269.

② Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN : Liberty Fund, pp. 321–322.

③ Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 328.

更加冷静沉着、更加坚定稳重的机构，以起到平衡的作用。[①] 其次，在一院制的安排下，议会的立法只需经过多数代表的同意即可通过，没有任何制约的措施，容易形成多数的暴政。而两院制通过推迟议会的行动——尤其是在缺乏真正多数民众支持的情况下，既充分利用了多数决的优点，又尽可能规避了多数决的缺点——多数的暴政。[②]

再次，一院制与单一制政体或者中央集权政体一脉相承，而两院制与联邦制政体相契合。在实行一院制的社会里，由于人口较多地区产生的议员也较多，如果他们想要制定侵害人数较少地区利益的法律，几乎没有任何力量能够阻止，因为人口较少地区的议员处于少数。也就是说，在一院制下，难以遏止人口较多地区侵犯人口较小地区的企图。而在两院制的安排下，任何法律的通过不仅需要获得人民的多数支持——通过众议院，而且需要获得地域（各邦）的多数支持——通过参议院。[③] 这大大有助于防止不适当的法律获得通过，有助于防止人口较多地区通过立法侵害人口较少地区。

此外，两院制有助于增加政治和政策的稳定性，避免法律和政策的频繁或者激烈变化；有助于减少立法者之间的分歧，促使他们达成一致，提高立法质量；有助于促进立法者对选民更加负责，减少民选

---

① Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN: Liberty Fund, p. 322.

② Riker, William H. 1992. "The Justification of Bicameralism", *International Political Science Review* 13(1): 101–116.

③ Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN: Liberty Fund, p. 321.

官员的腐败；有助于限制用于再分配的财政开支，增加公共物品的提供，促进真正的公共福祉。[1]

毋庸置疑，两院制有效发挥分权制衡作用的前提是，不仅存在两个相互独立的立法机关分支，而且它们的产生方式、决议原则以及某些职权存在实质性差别。一般来说，两院的共同点包括，都是通过自由、竞争性的选举产生，都有批准或者不批准法律的权力。就议员产生的方式而言，两院的差别主要体现在几个方面。首先，众议院的选举基于人口数量，数量多的地区产生的议员也多，而参议院的选举基于地域，每个地区产生的议员一样多。从代表制度的角度考虑，众议院采用的是比例代表制（proportional representation），即根据人口比例产生代表数量，而参议院采用的是平等代表制（equal representation），即无论人口多少代表数量同等。这种差别有助于实现人口较多地区和人口较少地区之间的平衡，尽管人口较多地区在众议院里有较多的代表，但人口较少地区在参议院里的代表可以与之抗衡甚至占据优势。

① Buchanan，James M. and Gordon Tullock. 1962. *The Calculus of Consent：Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor：University of Michigan Press，pp. 233–248；Tsebelis，George and Jeannette Money. 1997. *Bicameralism*. New York：Cambridge University Press；Testa，Cecilia. 2010. "Bicameralism and Corruption"，*European Economic Review* 54(2)：181–198；Brennan，Geoffrey and Alan Hamlin. 1992. "Bicameralism and Majoritarian Equilibrium"，*Public Choice* 74(2)：169–179；Hammond，Thomas H. and Gary J. Miller. 1987. "The Core of the Constitution"，*American Political Science Review* 81(4)：1155–1174；Miller，Gary J.，Thomas H. Hammond and Charles Kile. 1996. "Bicameralism and the Core：An Experimental Test"，*Legislative Studies Quarterly* 21(1)：83–103；Bradbury，John Charles and W. Mark Crain. 2001. "Legislative Organization and Government Spending：Cross-Country Evidence"，*Journal of Public Economics* 82(3)：309–325；Bradbury，John Charles and W. Mark Crain. 2002. "Bicameral Legislatures and Political Compromise"，*Southern Economic Review* 68(3)：646–659.

这种平衡在一定程度上构成了对众议院潜在多数暴政的制约。美国在立宪时之所以采纳两院制，在很大程度上是为了平衡大邦和小邦之间的利益，通过众议院的比例代表制和参议院的平等代表制实现二者之间的平衡。当然，平等代表制的采纳也意味着联邦宪法承认各邦保留部分主权。[①]

值得一提的是，除了基于人口和地域选举产生议员以外，其他任何标准——无论是性别、民族、种族，还是职业、宗教、党派等——都是不可取的，都会导致某种形式的歧视或者不公，甚至造成强迫某些人成为议员的荒谬结果。譬如，倘若法律要求妇女代表在议会中占一定的数量或者比例，如果是在自由选举的情况下，没有足够多的妇女愿意成为议员候选人或者当选，该怎么办？难道要强迫一些妇女成为候选人或者操控选票以让足够多的妇女当选？合乎宪政的制度设计必须是开放的，考虑到任何可能性，避免出现违反自由、竞争性选举的情形。也许有人会说，给妇女一定的数额或者比例，不是可以促进男女平等吗？我的回答是，目的和手段完全是两回事，促进男女平等的目的具有正当性，但手段——为妇女保留一定的代表数额或者比例——缺乏正当性，目的之正当性并不能论证手段之正当性。通过这种手段促进男女平等，难以避免强迫妇女成为候选人或者操控选举的结果，并构成对男性候选人的不公。这种为妇女保留议员数额或者比例的做法，是建立在这样一个错误的假定基础之上的，即只有妇女才

① Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 320–321.

能代表妇女的利益，而男性不能代表妇女的利益。这种假定完全站不住脚，正如假定只有农民工才能代表农民工的利益、只有少数民族居民才能代表少数民族的利益一样。实际上，男性完全可以代表妇女的利益，早期历史上为妇女权利奔走呼号的人士很多都是男性——比如著名的理论家约翰 · 密尔（John Stuart Mill），正如早期历史上很多主张解放黑人奴隶的人士都是白人一样。无论如何，以性别、民族、种族、职业等为标准产生议员，违反自由选举和平等原则。

两院产生方式的第二个差别体现在选举方法上，适当的制度安排是，众议院实行直接选举——由选民直接选举产生，而参议院实行间接选举——由各邦的议会选举产生。这种安排的好处不仅在于对直接民主或者大众民主（mass democracy）进行一定的制约，而且在于保存和维系联邦主义。众议院由选民直接选举产生，让选民扮演较为重要的角色，在一定程度上体现了直接民主的精神，体现了人民主权的原则。这样，众议院受选民的影响较大，或者说在选民的控制之下。但这种直接选举的方式，难免受到选民激情的影响，容易选出善于蛊惑人心之辈，因此需要受到一定程度的制约和平衡。而参议院的间接选举可以避免选民的影响，过滤选民的激情，由各邦议会选举产生的参议院更加理性和审慎。1787 年联邦宪法的起草者相信，参议院将“比民选的众议院更加冷静、更加有秩序、更加有智慧”[①]。

同时，为了保存联邦主义，在议会中应当体现各邦的地位和价值，

① Wood, Gordon. 1969. *The Creation of the American Republic, 1776-1787*. New York : W. W. Norton & Company, p. 553.

尊重各邦的利益和诉求。既然众议院的直接选举诉诸选民，削弱了各邦之间的差别，那么，参议院的设计就应当考虑到各邦的地位，让各邦在议会中有话语权。从参议院产生的方式讲，谁能更好地代表各邦的利益，应由各邦自行决定，由各邦的议会自行选择。如果说众议院的直接选举体现的是一种单一制政治架构的话，那么参议院的间接选举体现的则是一种联邦制政治架构。参议院的间接选举充分尊重各邦的主权地位，尊重各邦的利益和选择。这种设计实际上构成了各邦对联邦的制约，对于有效地维系联邦主义不可或缺。

也许有人会说，美国 1787 年宪法中参议院的选举的确是间接的，但在 1913 年通过的第十七修正案中将其改为直接选举[①]，这意味着什么？不能不说，这是一个不利于分权制衡和联邦主义的修改，是美国宪政史上的倒退之举。自第十七修正案通过之后，它就备受各界诟病，不少人主张尽快废止这一修正案，恢复参议员的间接选举。第十七修正案不仅让两院之间的差别缩小，不利于两院之间的分权制衡，减损了两院制的价值，而且让各邦在议会中的地位受到削弱，让联邦主义处于危险境地。第十七修正案的通过，导致参议院更多地服务于特殊利益，增加了立法领域的寻租行为；导致参议员受到更少的监督和制约，更加没有动力对自己的行为负责；导致联邦政府的权力不断扩张，

---

① 1787 年的《美利坚合众国宪法》第一条第三款（Section 3 of Article I）规定："The Senate of the United States shall be composed of two Senators from each State，chosen by the Legislature thereof, for six Years ; and each Senator shall have one Vote。" 1913 年的第十七修正案规定："The Senate of the United States shall be composed of two Senators from each State，elected by the people thereof，for six Years ; and each Senator shall have one Vote…"

对各邦的主权地位构成威胁；导致三个权力机关之间的关系发生了结构性变化，影响了三权分立的作用；导致联邦法院更倾向于敌视各邦的法律，更多地宣布它们违宪。[①]

两院议员的任职资格、任期等方面也应当有所区别。就任职资格而言，参议员的年龄要求一般高于众议员，是更加资深的政治家。之所以对议员进行年龄要求，是因为从事政治需要一定的阅历和经验，需要对公共事务有基本的了解，甚至需要有过从政的经历。倘若年满18周岁即可参选联邦议员，尽管一般情况下很难当选，因为这样的议员缺乏从政的经验，选民很难判断其能力和行为，但存在着没有经验的议员当选之可能，比如某个风靡全国的年轻明星很容易令选民疯狂。一般而言，竞选联邦议员的政治家年龄都会比较大，因为他们通常都在地方上从事过政治活动，甚至当选过地方上的议员或者行政长官，否则，民众很难知道他们的从政表现和政治倾向，因此很难投票支持他们。也就是说，即使没有特定的年龄要求，在正常的政治环境里，

---

① Zywicki, Todd J. 1994. "Senators and Special Interests : A Public Choice Analysis of the Seventeenth Amendment", *Oregon Law Review* 73(1) : 1007–1055 ; Zywicki, Todd J. 1997. "Beyond the Shell and Husk of History : The History of the Seventeenth Amendment and Its Implications for Current Reform Proposals", *Cleveland State Law Review* 45(1) : 165–234 ; Bybee, Jay S. 1997. "Ulysses at the Mast : Democracy, Federalism, and the Sirens' Song of the Seventeenth Amendment", *Northwestern University Law Review* 91(2) : 500–572 ; Rossum, Ralph A. 1999. "The Irony of Constitutional Democracy : Federalism, the Supreme Court, and the Seventeenth Amendment", *San Diego Law Review* 36(3) : 671–741 ; Amar, Vikram David. 1996. "Indirect Effects of Direct Election : A Structural Examination of the Seventeenth Amendment", *Vanderbilt Law Review* 49(6) : 1347–1405 ; Kochan, Donald J. 2003. "State Laws and the Independent Judiciary : An Analysis of the Effects of the Seventeenth Amendment on the Number of Supreme Court Cases Holding State Laws Unconstitutional", *Albany Law Review* 66(4) : 1023–1063.

联邦议员候选人的年龄都会比较大——30岁以上属于正常现象，因为对大多数人而言，完成高等教育之后即是二十几岁，在地方上从事几年政治之后，年龄也到了30岁左右，而且只有那些表现非常出色的，才可能在这个年龄段竞选联邦议员。

就任期来说，参议员的任期一般应长于众议员。更长的任期有助于参议员熟悉他们立法的对象，深入了解公共事务和选民的诉求，有助于法律决议和政策措施保持一定的稳定性。麦迪逊说，良好的政体包含两层含义：一是政府忠于自己的目的——谋求人民的幸福，二是政府拥有最佳实现该目的之手段的知识。一些政府在这两个方面都有缺陷，大多数政府在第一个方面不足，而联邦宪法设计的美国政府通过克服第二个方面的缺陷来为第一个方面增加保障。[①] 另一方面，法律决议和政策措施的经常变化会破坏人们的预期，让民众无法安心致力于自己的事业，让人们失去对政府的信任和尊重，甚至让其他国家无所适从，影响国际范围内的信誉和声望。尽管选举对于共和政体的运作是必要的，但过于频繁的选举和过短的任期容易让议员不负责任，倾向于考虑短期利益和权宜之计，忽略长远的利益和公共福祉。人数较少、任期较长的参议院还在一定程度上充当着防止人民为临时的错误和幻想所左右的角色，无疑，人民有时候会因为不适当的激情或者他人的误导和蛊惑而吁求对自己不利的措施，而这需要参议院的冷静

---

① Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN : Liberty Fund, pp. 322–323.

和审慎来克制。[1]

应当指出，无论是众议员还是参议员，都需要专职化的任职。这不仅意味着他们在任职期间不得担任任何行政或者司法职务，而且意味着他们不能从事其他全职性工作。也就是说，他们应该专职，而不是兼职。在现代社会里，政治家的基本特征是职业性——即职业政治家，尽管其任职前后完全可以从事其他事业。面对纷繁复杂的公共事务，无论是议员，还是总统或者法官，都需要全力以赴地研究和了解，都需要专心于影响无数民众的立法和决策，都应该对自己的公职行为认真负责，而这要求他们必须专职化，兼职者难以胜任。其实，倘若议员可以兼职，难免会面临角色和利益冲突的问题，即议员的双重职业造就两种选择之间的冲突，选民无从知晓他们在公共事务上花了多少时间和精力，无从知晓他们是否利用自己的议员身份去谋取其他利益。无论如何，议员都不应当兼职，都不应当在任职期间同时从事两份或者两份以上的职业。

其实，倘若议会的会期很长，一年中的大部分时间都在开会，议员兼职也基本上不现实，除非其另一份工作无需投入什么时间和精力。在现代社会里，由于公共事务复杂繁多，议会的会期通常都很长，少则几个月，多则大半年，甚至全年大部分时间都在开会，没有哪个真正的议会大部分时间都处于休会阶段。孟德斯鸠曾指出，如果立法机关长期不开会，自由将不复存在，因为这会导致两个后果：一是不再

---

① Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN: Liberty Fund, pp. 319–332.

有立法可言，国家陷入无政府状态；二是立法权被行政机关攫取，导致该机关走向专制。[①]不能不说，前一种结果发生的可能性较小，因为经验表明，人们似乎天生地渴望政府，哪怕是一个专制的政府，无政府状态自古罕见。后一种结果则在人类社会中几乎是常态，无论是在英国早期的历史上，还是在现今时代，人们都不难看到，议会由于长期不开会或者不被召集，导致行政机关篡夺了议会的立法权，行政机关自己既充当立法者，又充当执法者，立法权与执法权合而为一，暴虐的统治不可避免。

就议会的构成而言，它的规模也是一个重要问题。由于两院产生议员的标准不同，一个是根据人口产生（众议院），一个是根据地域产生（参议院），两院之间的差别几乎是自然的。通常的情形是，众议院人数较多，而参议院人数较少。但是，无论是众议院还是参议院，议员人数都必须控制在一定的范围内，规模不可过大。众所周知，立法机关又叫“代议机关”，其基本功能是“代”（representation）和“议”（deliberation）。前者意味着它必须具有一定的代表性，能够代表一个社会中不同的利益群体，而这要求它不能太小，应当具备一定的规模；后者要求它必须能够审议和讨论公共事务，有时间进行充分的对话与交流，而这要求它不能太大，不能超过一定的人数。孟德斯鸠尝言：“代表的巨大好处是他们能够讨论公共事务。对此，人民集体极不合适，

① Montesquieu, Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one) Trans. Thomas Nugent. New York : Hafner Publishing Company, pp. 156-157.

这是民主的主要不便之一。”[①] 因此，议会规模的确定必须同时考虑这两种因素，不能过小或者过大。那么，到底多大才算合适呢？并没有算术意义上的准确标准或者客观标准。可以判断的是，如果一个议会只有几个人，它就太小了；如果一个议会人数上千甚至数千，它就太大了。

有人以为议会越大越好，甚至以为议会的大小应当与人口的多少成正比，理由是，越大越具有代表性，越大越民主。不能不说，这是一种极其错误的看法。议会决不是越大越好，更不能与人口多少成正比，大议会也决不等同于民主的议会。对于这个问题，麦迪逊有过经典论述，他意味深长地说：“没有什么比将我们的政治考量建立在算术原则之上更加错谬的了。把一定的权力委托给六七十人，或许比委托给六七个人更加合适。但不能由此就说，六七百人将是更合适的受托者。如果我们将这种假定推至六七千人，整个推理都应该颠倒过来。适当的原理是，在所有的情况下，为确保获得自由商议和讨论的益处，以及防止为不正当目的而进行太容易的联合，至少一定的人数似乎是必需的；另一方面，人数最多应该控制在一定的限度内，以避免人数众多造成的混乱和过激。在所有人数众多的议会中，无论它是由何种人组成的，激情总是夺去理性的权杖。如果每个雅典公民都是一个苏格拉底，每一个雅典议会都仍将是一群暴徒。”[②]

---

① Montesquieu, Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one) Trans. Thomas Nugent. New York : Hafner Publishing Company, p. 154.

② Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 288.

麦迪逊还发现，与流行的看法相反，议会越大，越不民主。他指出："在所有的立法机构里，组成它们的人数越多，实际上主导其进程的人就越少。首先，议会的人数越多，无论它是由何种人组成的，激情战胜理性的可能性就越大。其次，人数越多，见识有限和能力薄弱的成员比例就越大。这时，少数人的雄辩和演说正好对此色人等全力发挥作用。在古代共和国里，全体民众亲自集会，人们发现，一个演说家或者一个狡诈的政客，通常完全主宰局面，仿佛他独自握有大权。同理，一个代议机关人数越多，它就越带有人民集体开会的弱点。无知将成为狡诈的傀儡；激情将成为诡辩和慷慨陈词的奴隶。人民最大的错误莫过于认为，通过增加超过一定限度的代表人数，可以加强防范由少数组成的政府。经验将永远告诫他们，正好相反，**在为了安全、地方性知识以及对整个社会的广泛同情之目的达到足够的人数之后，**每增加一个代表，就会与他们自己的看法起相反的作用。政府的外表或许变得更加民主，但驱动它的精神将更加寡头。机器将会变大，但指挥其运转的原动力将会更少，并且，往往更加隐蔽。"[1]

就职权而言，议会的主要权力是制定法律，包括起草、批准、修改、撤销法律等各个环节。尽管我们习惯于说法律是由议会"制定"或者"立"出来的，但严格说来，法律不是任何个人或者机构创制或是生造出来的，而是民众交往和互动的产物，是长期演化的结果。法律决不是"立法者"意志的反映，不是立法者的命令，而是将本来就存在的

---

① Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 304. 强调为原文所有。

行为规则重述或者确认了下来。作为社会运行的一般性规则，法律不是凭空臆造的，而是与人们的习俗、惯例、传统、经验等密不可分。那种认为法律是立法者创制或者发明之产物的看法，实际上是建构理性主义（constructivist rationalism）思维方式的结果，与自生自发秩序（spontaneous order）格格不入。[①] 从这个意义上讲，与其说议会的主要职能是立法或者制定法律，不如说议会的主要职能是重述或者确认法律，确认人们在长期互动与交往过程中演化而成的一般性规则。

在两院制下，每一项法律的通过都需要两院同时同意，这是它们相互制约与平衡的重要措施之一。尽管这可能会增加法律通过的难度，增加交易成本，但它有助于立法者达成共识，有助于削弱或者防止多数的暴政。为了防止议会滥用立法权，其立法的对象或者事项应当明确列举，即让立法权成为列举性权力（enumerated powers），正如《美利坚合众国宪法》第一条第八款一样。这在很大程度上意味着权力是有限的，政府是有限的，或者说，旨在建立一个有限政府。在共和政体下，立法权扮演着重要的角色，并且具有主动性和积极性，在一定程度上影响着其他两种权力的行使，因此，对立法权进行明确清晰的列举十分必要，有助于防止立法权的扩张和膨胀，防止立法侵犯个人的权利和自由。尽管明确列举的内容也难免需要解释，尽管政府借助于解释可以扩张权力，但其限制政府权力的辅助性作用是显而易见的。

在联邦政体下，立法权在联邦议会与各邦议会之间分立，前者负

---

① Hayek, F. A. 1982. *Law, Legislation and Liberty*, Vol. 1: *Rules and Order*. London: Routledge & Kegan Paul, pp. 72-93.

责就全国性事务进行立法，诸如战争与和平、外交以及国际贸易等，而后者负责就地方性事务进行立法，诸如财产、契约、婚姻等与人们日常生活密切相关的事项。将所有的立法权集中在一个层级的政府手里意味着立法集权，而任何形式的集权都等同于专制。立法专制很容易导致执法和司法领域的专制，进而造就一个专制的政府。为了防止立法权的集中，在明确列举联邦议会权力的同时，有必要确立剩余权力保留给各邦和人民的原则，正如《美利坚合众国宪法》第十修正案一样。[①] 这一原则意味着联邦政府的权力来自于各邦和人民的授权，意味着联邦政府的权力较少并且有限。

对于一般的立法，议会两院的表决规则可以实行简单多数决，即过半数同意即可通过，但对于增加税收的立法，有必要实行超多数决，甚至可以实行全体一致同意的原则，目的在于限制政府的征税权。众所周知，征税是对公民财产的褫夺，只不过它披着合法的外衣，因而对政府的征税权必须进行严格的限制，以确保公民财产的安全。财产是否安全直接关系到个人的独立、尊严与自由，难怪罗马法上有谚云："无财产即无人格。"如果不对政府的征税权严加约束，个人的权利和自由将时刻处于危险之中。马歇尔（John Marshall）法官曾说："征税的权力包含有毁灭的力量。"[②] 其实，在很大程度上讲，宪政就是源于对国王征税权的制约，1215 年英国《大宪章》的重要内容之一就

① Amendment X of the Constitution of the United States of America:"The powers not delegated to the United States by the Constitution，nor prohibited by it to the States，are reserved to the States respectively，or to the people."

② McCulloch v. Maryland，17 U.S. 316 (1819).

是贵族们迫使约翰王接受征税须经其同意的条件。[1]西方世界发展起来的一个征税基本原则是："无代表，不纳税"（No taxation without representation），或者"未经同意，不纳税"（No taxation without consent）。

即使在民主社会里，征税的权力也必须受到严格的限制，既是为了防止政府的不断扩张和膨胀，也是为了防止多数的暴政，防止多数通过征税的方式侵夺少数的财产。这意味着，议会增加税收的立法，无论是增加税种，还是提高税率，都应受制于较一般立法难度更大的表决规则，使加税的法律不易通过，除非获得了绝大多数议员的支持，除非获得了广泛的共识和同意。这一要求对于阻遏政府权力的扩张甚至堕为"利维坦"，可以起到至关重要的作用，尽管其他方面的限制同样不可或缺。当政府手里可以支配的财富减少的时候，在某种意义上讲，它扩张和滥用权力的可能性就会减小，因为政府的运作时刻离不开财政支持，而这无疑有助于建立一个有限政府。[2]

值得强调的是，议会的立法权仅仅限于制定宪法之外的普通法律，绝不包括制定或者修改宪法，尽管授权其起草宪法修正案是一个可以考虑的选择。宪法和法律的根本区别之一是，宪法是由人民制定的，因而也只能由人民修改；而法律是由人民的代表（议员）制定的，因

---

① 《大宪章》第十二条规定："未经王国之普遍同意，不得在王国内征收免服兵役税或者贡金……"

② Brennan，Geoffrey and James M. Buchanan. 2000. *The Power to Tax：Analytical Foundations of a Fiscal Constitution* (Vol. 9，the Collected Works of James M. Buchanan). Indianapolis，IN：Liberty Fund；Buchanan，James M. 1999. *Public Finance in Democratic Process：Fiscal Institutions and Individual Choice* (Vol. 4，the Collected Works of James M. Buchanan). Indianapolis，IN：Liberty Fund.

而由人民的代表修改。制定权和修改权是同一性质的权力，宪法决不能由人民的代表制定或者修改，因为人民的代表受制于人民，而人民并非受制于人民的代表。将宪法的修改权赋予议会或者人民的代表，不仅混淆了宪法和法律之间的根本区别，而且使司法审查（judicial review）或者违宪审查（constitutional review）变得几乎无意义或者不可能。倘若议会既可以制定和修改普通的法律，又可以制定或者修改宪法，结果便是，议会为了制定侵犯个人权利和自由的法律而任意修改宪法，达到让二者保持一致的目的，这样的操控致使法律在任何时候都不再跟宪法存在冲突，违宪审查便不复存在。

同时，倘若议会有权制定或者修改宪法，它便凌驾于行政机关和司法机关之上，因为议会可以自己的喜好对行政权和司法权予以限制，甚至取消它们，结果必然是议会至上和议会专制。这不仅是对三权分立的违反，而且对个人的权利和自由构成极大的威胁，因为个人的权利和自由掌握在他们选举的代表手里。其实，从逻辑上讲，议会乃至整个政府都是宪法的产物，它怎能有权制定或者修改宪法呢？有人误以为美国国会有权修改联邦宪法，其实，它只有提议修改宪法或者提出宪法修正案的权力，而修正案的批准权在各邦手里，即四分之三的邦议会有权批准或者不批准一条宪法修正案。并且，即使有提议修改宪法的权力，也并非由国会独自享有，相反，如果有三分之二的邦议会申请修宪，就必须召开修宪大会，修正案的批准权则在四分之三的

邦修宪大会手里。[1]

除了立法权之外，议会还应拥有批准任命权和弹劾权，在很大程度上构成对行政机关和司法机关的制约。对于总统任命的法官和其他行政官员，参议院有权批准或者不批准，尽管它没有权力选择谁获得提名。也就是说，总统可以提名任何人担任法官或者其他行政官员，而参议院享有批准或者不批准的权力。这样，总统在任命法官或者其他行政官员的时候，不得不考虑参议员的偏好和态度，因为任命能否获得批准掌握在他们手里。对于法官来说，由于他们非民选产生，享有与立法权和行政权分庭抗礼的司法权力，一旦就职之后独立于其他任何机关、组织或者个人，且终身任职，那么，对于法官的事先制约就是十分必要的，以确保其具备任职的资格和条件，能够良好地履行司法职责。由于法官乃由总统任命，后者难免带有自己的偏见，因此，参议院的制约不可或缺。这种批准任命的权力有助于防止总统任命不称职的法官或者行政官员，有助于防止行政权和司法权的不当联合，有助于防止权力的集中与滥用。

如果说批准任命权是立法机关对行政和司法机关的一种事先制约，那么弹劾权就是一种事后的制约，这两种制约一起充实了分权制衡。倘若事先的制约出现了失灵，还有事后的制约可以补救，构成了一种双重保障。不像批准任命权那样，弹劾的对象除了法官和其他行政官员之外，还包括总统。这是立法机关对行政机关和司法机关的一种有

---

① Article V of the Constitution of the United States of America.

力制约。当总统及其任命的法官或者行政官员行为不端时，议会可以对其进行弹劾，撤销其职务或者迫使其辞职。通常情况下，弹劾由众议院提起，由参议院审理并做出决定，因为前者人数较多，且较接近民意，而后者人数较少，且更加冷静和审慎。这样做体现了一种进一步的分权制衡，即在议会两院之间通过分工进行相互制约，发起弹劾的一方无权进行审理，而有权审理的一方无权发起弹劾，起诉者（发起弹劾者）和审判者（审理弹劾者）不是同一群人。[①] 由于产生方法的不同，两院议员“既无相同的利益，也无相同的激情”[②]，因此很难相互串通沆瀣一气。也就是说，是否发起弹劾以及弹劾能否成功依赖议会两院分别的努力，任何一方拒绝都会导致弹劾失败。对于弹劾总统或者法官这样重要的事务和决定，议会两院的分权制衡颇为必要，如果弹劾程序缺乏制约或者过于容易，难免出现不公或者引发政治动荡。

议会的弹劾权对于约束行政机关和司法机关的行为至关重要，因为弹劾案的发起和审理往往意味着行政官员或者法官的名声处于危险之中，意味着他们的政治前途或者职业生涯不可预测，即使弹劾未必能够成功，当事人也常常被迫辞职。在弹劾的威胁面前，总统、法官以及其他行政官员通常都会行为端正、小心谨慎，防止被人抓住把柄，防止自己的声誉受到损害，防止葬送自己的政治前途或者职业未来。值得一提的是，弹劾只是撤销职务，只是立法机关做出的政治决

---

① Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 338-339.

② Montesquieu，Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one) Trans. Thomas Nugent. New York：Hafner Publishing Company，p. 159.

定。如果被弹劾者触犯了法律，仍然要交由司法机关进行法律裁决。也就是说，如果总统、法官或者其他行政官员有贪污、受贿等违法行为，当然要在司法机关提起诉讼，将其绳之以法、按律治罪。也就是说，弹劾只是一个政治裁决，不是也不能代替法律裁决，二者可以同时存在。

二 行政权

从性质上讲，行政权的主要任务是执行规则，执行立法机关确立的一般性规则。行政权由行政机关或者总统行使。总统应当通过选举产生，但不应由全体民众直接选举，而应由选举人间接选举，并让各邦在选举过程中扮演一定的角色，正如美国总统的产生方式一样。[①]这种选举模式的好处在于，可以在一定程度上过滤掉民众的激情，由于选举人人数较少，更加明智和审慎，更加有能力和信息辨别适当的总统人选。[②]同时，这种选举方式对于维系联邦主义至关重要，因为它让各邦在总统选举中发挥重要作用，让大邦和小邦之间进行平衡。总统选举以各邦为单位进行，选举人的人数根据各邦参、众两院议员的人数进行分配，这样，既考虑到了人口因素——众议院人数取决于各邦

① Section 1 of Article II of the Constitution of the United States and the Amendment XII.

② Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 352.

人口，又考虑到了地域因素——参议院人数各邦平等，确保二者之间的平衡。如果总统由全民直接选举，结果必然是人口较多的邦在总统选举中具有更大的影响，人口较少的邦处于不利地位，联邦主义的特征无法体现出来，与单一制下的总统选举没有区别。

这种选举总统的方式对于横向的分权制衡也大有裨益。为了让立法、行政和司法三个机关之间更加有效地相互制约，应尽可能地让它们产生的方式存在差别。立法机关的两院分别是由选民直接选举（众议院）和各邦议会间接选举（参议院）产生，司法机关由总统任命、参议院批准产生，行政机关由另外一种独特的方式产生，即先由各邦选民选举产生自己的选举人，再由后者选举总统。可见，这三个机关的产生方式完全不同，而这种不同使它们在一定程度上缺乏联合的动力，有助于它们相互制衡。倘若总统由民众直接选举产生，则其产生方式与众议院无异，立法机关和行政机关之间的相互制约将受到削弱。

应当指出的是，总统不可由议会选举产生，否则，三权分立政体将蜕变为议会民主政体（parliamentary democracy），或者，用流行的表达方式，“总统制”（presidential system）将蜕变为“议会制”（parliamentary system）。如果总统由议会选举产生，则总统必然单方面受制于议会，因而无法获得独立地位，结果是立法权与行政权高度重合，甚至在很大程度上合而为一。这就是人们通常所说的议会制政体，

首相由议会选举产生，对议会负责，与之相对的被称为总统制政体。[1]其实，尽管“总统制”在学术界和普通民众中十分流行，但这一术语具有很大的误导性，让人误以为在这种政体中总统居于优势或者强势地位，控制或者统辖立法机关和司法机关。严格说来，美国式的总统制政体就是三权分立政体，就是三个机关相互制衡的政体，三个机关之间没有高低贵贱之分，不存在一个对另一个负责的问题，总统并不占据优势地位，立法和司法机关也不单方面受制于总统。尽管议会制等同于议会主导，但总统制并不等同于总统主导，而是真正意义的三权分立体制。

这两种政体之间的对比意味着，议会制与分权制衡原理存在龃龉，不利于立法权和行政权之间的相互制约，不利于有限政府的确立。孟德斯鸠曾经告诫道：“如果没有君主，行政权掌握在从立法机关遴选出的特定若干人手里，自由将不复存在；因为这两种权力将合而为一，这同一群人有时候同时拥有这两种权力，而且总是能够拥有它们。”[2]此外，议会制政体也对竞选和治理造成诸多不便，譬如，由于首相从议会中选举产生，一个人要想竞选首相职位，首先得成为议员，否则即没有当选首相之可能，哪怕他（她）在全国范围内颇受选民欢迎；并

---

① 对议会制、总统制以及半总统制的分析与比较，见 Lijphart，Arend，ed. 1992. *Parliamentary Versus Presidential Government*. New York：Oxford University Press；Lijphart，Arend. 1999. *Patterns of Democracy：Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*. New Haven：Yale University Press；Carey，John M. 2008. “Presidential versus Parliamentary Government”，in *Handbook of New Institutional Economics*，ed. Claude Menard and Mary M. Shirley，91-122. Berlin：Springer。

② Montesquieu，Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one) Trans. Thomas Nugent. New York：Hafner Publishing Company，p. 156.

且，一旦任职中的首相失去议员席位，其首相职位也宣告结束；由于首相对议会的依赖关系等，议会制政体的稳定性通常不如总统独立选举产生的三权分立体制。①

分权制衡政体下的总统应当符合特定的任职条件，比如年龄达到一定的要求，以确保其具有丰富的政治经验和社会阅历。总统或者行政机关的职权应当赋予一个人，而不应赋予多个人，不应实行委员会制。尽管有必要选举产生一个副总统，但其主要职责是协助总统履职，其独立的职权极为有限，关键是在总统无法胜任时代行总统职权。尽管总统可以任命若干人履行行政职能，但总统有权罢免他们。也就是说，行政权力在总体上掌管在总统一个人手中，其他人都由他（她）任命，对他（她）负责。这种安排的好处在于，总统的职位需要活力充沛，需要行动迅捷、决策果断，而一个人比多个人更能满足这种要求，诚如孟德斯鸠所言："行政权应该掌握在一个君主手里，因为政府的这个分支需要反应迅速，由一个人比由多个人掌握要好；另一方面，

---

① 但是，不少学者认为，总统制民主比议会制民主更不稳定，更容易滑向专制，尤其是对于新兴民主国家而言。持这一看法的代表人物是胡安·林茨（Juan J. Linz），他认为总统制的固有缺陷，比如总统与议会之间难以避免的冲突等，容易导致总统制民主的动荡。见 Linz，Juan J. "Presidentialism or Parliamentarism：Does It Make a Difference?" in *The Failure of Presidential Democracy*，Vol. 1：*Comparative Perspectives*，ed. Juan J. Linz and Arturo Valenzuela，3–90. Baltimore，MD：Johns Hopkins University Press。然而，也有学者提出，经验意义上总统制民主政体的脆弱与不稳定，并非由于总统制本身的缺陷所致，而是因为在采纳总统制的新兴民主国家，那里的制度环境更有可能招致军事独裁的威胁，实际上，在这些国家，无论是采纳总统制还是议会制，其民主运作都面临着不稳定性。见 Cheibub，Jose Antonio. 2006. *Presidentialism，Parliamentarism，and Democracy*. New York：Cambridge University Press。应当指出，当代学者对议会制和总统制优劣的争论在很大程度上偏离了优良政体设计的根本目标，那就是，更有效地限制政府的权力、保护个人的权利与自由。

立法权通常由多个人比由一个人掌握要好。”[①] 尽管孟氏心仪的是君主制，但道理同样适用于总统制。

在谈到总统必备的活力时，汉密尔顿指出：“行政机关的活力是优良政体的首要品质。它对于卫护共同体防止外来入侵是必需的，对于持续执法，对于保护财产以阻止那些有时妨碍日常司法的非法作恶集团，对于保护自由以防止野心、派系以及无政府的图谋和攻击，也同样必需。”[②] 出于对行政力量孱弱的担忧，他富有哲理地说：“弱行政意味着政府的弱执行。弱执行不过是糟糕执行的另一个称谓，一个执行不力的政府，无论其在理论上如何，在实践中一定是一个糟糕的政府。”[③] 单一的行政首长（总统）对于行政的活力不可或缺，因为“一般而言，一人行动比多人行动将倍加显著地具有决断、活跃、保密以及迅捷的特点；并且，人数越多，这些特性就越少。”[④]

毋庸置疑，共和政体的一个基本原理是，权力在多个人手里比在

---

① Montesquieu，Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one) Trans. Thomas Nugent. New York：Hafner Publishing Company，p. 156. 然而，戴西却认为，行政首长是由议会产生还是独立产生，各有优缺点。在他看来，“议会制行政首长”（parliamentary executive）或者首相的优点是，内阁与议会之间较少发生冲突，但其缺点是，首相缺乏独立性，倾向于追随议会，受议会领导，受议会多数的临时欲望和激情的影响等；而“非议会制行政首长”（non-parliamentary executive）或者总统的优点是，总统较为独立，不对议会构成依赖，但其缺点是总统和议会之间容易发生冲突。见 Dicey，A. V. 1982. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 335-337。

② Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 362.

③ Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 362-363.

④ Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 363.

一个人手里更加安全，但这个原理并不适用于行政权，并不适用于行政首长或者总统的职位。实际上，行政权在多个人手里反而不够安全，因为在两个或者两个以上的人从事一项共同事务时，总是存在观点不同的危险，而这很容易导致他们相互争斗和敌对，并且，多个人担任同一职务容易导致他们隐藏错误、推卸责任，因为在两个以上的人履行同一项职责时，很难分清责任究竟在谁身上，很难分清谁犯了何种程度的错误。而这不仅削弱了公共舆论对行政权的制约，而且减小了对责任人处罚的可能性，因为发现责任人不当行为的机会降低了。[①]

有人以为，多人共同行使行政权更加安全，因为这样权力不易集中，但是，如果企图用人数确保权力的安全行使，则人数必须足够多，以使他们相互之间的联合和串通变得困难。倘若行政权由少数几个人行使，则不仅无法起到防范的作用，而且容易形成寡头统治，掌权者联合起来十分容易，难免为自己的私利而滥权，并且，常常无人负责，可能比一人掌权更可怕。[②]行政权与立法权的不同显而易见，后者适宜人多，因为它负责制定法律，讲求审议和多元，而前者负责执行法律，讲求效率和统一，因此适宜人少。

尽管行政权应当掌握在一个人手里，但为了避免出现一个帝王般的总统，对其任期和权力进行审慎的规范和严格的限制至关重要。美国的经验教训告诉我们，虽然在共和国早期的历史上总统的权力似乎

---

① Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN : Liberty Fund, pp. 364–368.

② Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN : Liberty Fund, pp. 368–369.

不那么强大，但到了20世纪，随着进步主义（Progressive）运动的到来，随着罗斯福新政和两次世界大战的发生，总统的地位日益显赫，权力似乎也愈来愈大，在反恐的时代背景下，总统权力的不断扩张令人担忧，重新审视和反思行政权的制度设计亦显得十分必要。在1787年美国宪法制定之初，只规定了总统的四年任期，并未对总统的连任进行限制，这意味着，总统可以连选连任。那时的人们对总统连选连任没有太多顾虑，甚至赞赏有加。譬如，汉密尔顿主张，连选连任有助于总统更好地履行其职责，有助于人们评判总统的政策措施，有助于行政管理的稳定性和连续性。在他看来，禁止总统连选连任会削弱其端正行为的动机，导致其任职期间不负责任，甚至变得贪婪腐化、侵吞公财、篡权滥权，并且会浪费其在任职期间获得的政治经验和智慧，不利于公共行政和政策的稳定性。[①]

然而，在今天看来，总统连选连任的风险很大，可能对一个国家的政治经济生活带来极大影响，比如，富兰克林·罗斯福总统1945年死在第四任任期上就给美国社会造成不小的震动。尽管1787年的美国宪法上没有连选连任的限制，但自华盛顿以来的总统们几乎都遵循任期不超过两届的“先例”，直到罗斯福总统打破这一传统。罗斯福连任四届并死在任上的教训促成了第二十二修正案的通过，它明确禁止总统任期超过两届。根据该修正案，一般情况下，总统最长的任期为八年，但如果一位副总统在总统死亡或者其他不能胜任的情况下代行总

---

① Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN : Liberty Fund, pp. 374–378.

统职权不超过两年，他（她）则可以再竞选两届，这样，一个人任职总统的时间最长为十年。① 鉴于总统职位对整个社会造成的巨大影响，对其连选连任的限制是十分必要的，既是为了防止潜在的行政权扩张和膨胀，也是为了防止总统死在任上等紧急情况的发生。

就职权而言，总统的主要权力是执法权，即执行宪法和议会通过的法律。毋庸置疑，这种权力对于法律的付诸实施是非常重要的，否则，即使有了保护个人权利和自由的法律，也未必能够实现法治。当立法机关通过了一部法律之后，行政机关的主要任务是严格、忠实地执行它，怠于执行或者执行不力，都将损害法律的权威和效果，甚至侵犯个人的权利和自由。严格执法不仅意味着行政机关必须恪守法律，依照法律行使自己的权力，不能越雷池一步，而且意味着行政机关将法律平等地、准确地、及时地适用任何人，包括掌握权力的人员。对执法权严格要求，是因为行政机关掌握着武器，掌握着运用暴力机器——警察和军队——的权力，而这种权力在任何时候对于普通公民都是一种巨大的威胁。总统不仅控制着治安力量，而且还是三军总司令，倘若不对其执法权严加限制，其危险可想而知。

---

① The Section 1 of the Amendment XII of the Constitution of the United States:"No person shall be elected to the office of the President more than twice, and no person who has held the office of President, or acted as President, for more than two years of a term to which some other person was elected President shall be elected to the office of the President more than once. But this Article shall not apply to any person holding office of President when this Article was proposed by the Congress, and shall not prevent any person who may be holding the office of President, or acting as President, during the term within which this Article becomes operative from holding the office of President or acting as President during the remainder of such term."

为了防止总统或者行政机关滥用执法权，必须限制总统行使立法权和操控司法权。但是，为了使行政机关能够具有制约立法机关的力量，让总统享有对立法的否决权是必要的。如果将这种否决权看作立法权的话，那么，它也只是一种否定性或者消极性的立法权，而不同于立法机关的肯定性或者积极性立法权。也就是说，总统的否决权不包括创制法律的权力，仅仅是拒绝法律。这种否决权，限制了立法机关制定损害总统或者行政机关的法律，有助于保持行政机关的独立性，有助于制约立法机关的权力。孟德斯鸠指出："行政权应当通过否决权来分享立法权，否则它不久就会失去其独有的权力（prerogative）。但是，如果立法权篡夺了行政权，后者将同样会被摧毁。""如果君主通过决议权（power of resolving）参与立法，自由将会丧失。但是，由于他必须分享立法权以捍卫自己独有的权力，他应当通过否决权参与立法。"[①]他又说："由于行政权除了行使否决权之外没有其他的立法职能，它不能参与公共辩论。它甚至没有必要提出议案，因为它总是可以否决议案，同样可以拒绝那些反对其意志的提案。"[②]

对立法的否决权是总统的一项防御性或者自卫性的权力，防止议会制定侵犯行政权的法律，防止立法权和行政权集中在同一群人手中。总统的否决权不仅充当着对自身的保护伞，而且提供了一种防范不当立法的保障，无论是这种不当立法是出于仓促鲁莽、疏忽大意还是阴

① Montesquieu，Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one) Trans. Thomas Nugent. New York：Hafner Publishing Company，pp. 159–160.

② Montesquieu，Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one) Trans. Thomas Nugent. New York：Hafner Publishing Company，p. 160.

谋诡计。赋予总统否决权不是基于总统更加英明或者更有德行的假设，而是基于议会不可能不犯错误的假设，基于议会对权力的热爱可能会侵犯其他部门权力的假设，基于议会中的派系精神可能会使立法审议误入歧途的假设，基于议会暂时的疏漏可能会导致草率立法的假设。尽管有时候议会可能因为激情或利益而制定了偏离公共利益的法律，但如果总统保持独立且拥有否决权，那就有纠正不当立法的机会。可能有人担心否决权的行使会导致总统不仅否决不当的立法，而且否决优良的法律。这种可能性完全存在，但阻止几个良法的坏处可以通过阻止许多恶法的好处来弥补，而且，由于议会在立法方面的优势和影响力，总统不会轻易地使用否决权，而是会很谨慎地使用。[①]

更加重要的是，总统的否决权是附有条件的，即立法机关的超多数决可以推翻总统的否决，使一部法律生效。这种安排并不意味着立法机关在一般意义上高于总统或者行政机关，而是意味着立法权主要由立法机关行使，与简单多数决相比，超多数决表明更多的议员就一部法律达成共识，而这在一定程度上增强了一部法律的正当性。况且，一部法律是否获得通过必须有一个终局决定，要么由总统决定，要么由立法机关决定，二者必居其一。如果最终决定权掌握在总统手里，那么总统将在立法权上具有优势，因为他（她）可以在任何情况下否决立法。而这与立法权主要由议会行使的基本原理不符，并且将不可避免地导致行政权与立法权合而为一，破坏三权分立的宪政架构。因

① Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 380-384.

此，让立法机关通过超多数决推翻总统的立法否决，是更加适当的制度选择。

值得强调的是，总统或行政机关决不能享有除了否决权之外的立法权，决不能享有独自创制法律的权力，否则，行政权与立法权将合而为一，个人的权利和自由将处于危险之中。如果行政机关自行制定法律，或者受立法机关之“委托”制定法律，都将破坏立法机关和行政机关之间的分权制衡机制，都将破坏立法权和执法权之间的相互制约。一方面，立法机关应当对行政机关的篡权行为时刻保持高度警觉，对行政机关的任何立法行为怀抱怵惕之心；另一方面，立法机关不应当主动将立法权“拱手相让”，不应当将立法权授予行政机关。所谓的“委托立法”是一种危险的做法，具有摧毁立法权和行政权相互制约的破坏性后果。

倘若行政机关享有制定涉及个人基本权利和自由的法律，比如制定征税的法律，行政机关既可以确立增加税收的规则，又拥有暴力手段执行这些规则，那势必造就一个具有压迫性的行政机关。诚如孟德斯鸠所言：“如果行政权决定增加税收，而非限于表达同意的话，自由将不复存在，因为它将在最重要的立法方面变为立法权。”[①] 因此，只有立法机关才能享有制定征税法律的权力，行政机关决不能擅自确立征税的规则，更不能擅自决定增加税收，无论是增加税率，还是增加税种。其实，行政权不仅不能享有创制法律的权力，而且在很多方面应

① Montesquieu，Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one) Trans. Thomas Nugent. New York：Hafner Publishing Company，p. 160.

当受制于立法权的经常性批准。孟德斯鸠强调指出："如果立法权不是逐年议决财政津贴，而是一次做出永久性决定，它将冒着失去其自由的危险，因为行政权将不再依赖于它；并且，一旦行政权掌握了这种永久性权力，权力是为其自身固有还是来源于他者，它就变得漠不关心了。如果立法权不是每年而是永久性地将对陆海军的命令赋予行政权，结果也一样。"[①]

除了执法权和否决权以外，总统的另一项重要权力是任命权，即任命高级行政官员和法官的权力。在很大程度上讲，任命行政官员是总统行使行政权的体现，因为行政权在总统手里，而行政官员行使的权力是总统委托的，总统应有权决定谁来行使这些权力。各部部长、驻外使节等高级行政官员对于行政权的有效行使以及行政职能的协调一致至关重要，因此赋予总统任命这些职位的权力是十分必要的。但是，总统对于法官任命的逻辑颇为不同，因为法官行使的权力不是行政权，而是司法权。由于司法是一种专业性活动，法官不宜通过选举产生，而应依赖任命的方式。[②]而这种任命权最好赋予总统而不是议会，因为单个有洞察力的人比多个人更适于分析和评估特定职位的任职资格和人选，单个人有更强烈的义务感，更在乎自己的声誉。如果让一个多人组成的委员会行使这种权力，则容易导致党派偏见和敌对情绪的盛行，甚至对党派胜负之关心压倒对被任命者内在品质的考量，以

---

① Montesquieu, Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one) Trans. Thomas Nugent. New York: Hafner Publishing Company, p. 160.

② 关于法官的产生方式，下文论及司法权处有较为详细的分析，这里从略。

及党派之间的相互交易等。[①]

其实，严格而言，任命权并非由总统独自行使，而是由议会和总统分享，需要二者的合作。总统的任命权力只是提名某个人成为行政官员或者法官，而批准的权力则掌握在参议院手里。如果参议院不批准，总统的提名将无法转化为具有实效的任命。也就是说，总统的任命权要想落到实处，离不开参议院的批准。当然，参议院可以批准，也可以不批准，但是，参议院无权选择被提名人，只能对总统提名的人选表达同意与否。参议院的批准权对总统的提名权构成了一种制约，可以在一定程度上防止总统在任命过程中受到裙带关系、个人情感和偏见等因素的左右。[②]这种提名权和批准权的分立合作，也是总统和议会之间分权制衡的一个重要表现，是三权分立架构的一个组成部分。

同时，总统和议会对法官任命权的行使，也是行政机关和立法机关制约司法机关的一个重要方面。由于法官一旦获得任命后便终身任职且处于独立地位，因此对法官的制约主要是事先的控制，尽管品行不端的法官也可在事后受到弹劾甚至法律处罚。总统对法官的制约，或者说，行政机关对司法机关的制约，几乎只有提名或者任命这一个渠道。如果总统没有对法官的任命权，行政机关则无法构成对司法机关的制衡。

此外，总统还享有缔结条约的权力——这同样需要参议院的批准，

---

① Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 392–393，396–399.

② Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 394.

统率和指挥军队的权力——即充当三军总司令，以及赦免罪犯的权力、接受外国使节的权力等。值得一提的是，尽管总统享有指挥军队的权力，但宣布战争与和平的权力属于议会，总统不得在议会没有宣战的情况下擅自发动战争。议会的这种制约对于防止总统战争权力的扩张扮演着举足轻重的角色，否则，总统有滑向古代君王的危险。议会对总统战争权的另一个制约是前者享有征税权和军费批准权，没有财政支持，总统难以发动战争，至少难以发动持久的战争。

存有争议的是，总统是否在紧急情况下享有宪法和法律上未明确列举的权力或者特权（prerogative）。本来，在共和政体下，政府是有限的，政府享有的任何权力都应当是宪法和法律明确载明的，不应当享有任何超越于法律之外或者凌驾于法律之上的特权。但是，万一出现了未曾预料到的紧急情况，为公共利益之目的，总统是否可以采取一些法律并未授权的非常措施呢？洛克对此持赞同态度。他指出，“特权只不过是在没有规则的情况下促进公益（public good）之权力”[1]，即行政机关在没有法律授权或者违反法律的情况下为了公共利益而行使的自由裁量权。在洛克看来，行政机关享有一定的特权是一个古老的事实，只不过在古代，统治者常常滥用这种权力，因而必须对其加以限制。他发现，英国历史上最英明的国王往往享有最大的特权，而人民很少抱怨，因为其行使是为了公共利益。一方面，国王的特权需要受到法律的限制，但是，法律很难将所有的情形都考虑到，因而难免

① Locke，John. 1947. *Two Treatises of Government*. Ed. Thomas Cook. New York：Hafner Publishing Company，p. 206.

挂一漏万或者过于僵化，赋予行政机关一定的自由裁量权是必需的，前提是其行使必须是为了公共利益。然而，由谁来判断行政机关特权的行使是否合乎公共利益？洛克的回答是，没有合适的判断者，人们只能诉诸上帝和自然法来保护自己的自由和权利。[①]

除了洛克以外，休谟、布莱克斯通、杰斐逊、汉密尔顿等理论家也都赞成总统在紧急情况下可以行使超越于法律之外的特权。在他们看来，为了重大的公共利益或者公共福祉，承认紧急情况下总统超越法律的行动是必要的，因为法律应当服务于更高的目的，或者用一句拉丁格言："人民之福祉乃最高法律"（salus populi suprema lex esto）。[②]这种看法认为，宪政与法治无法完全反映在宪法文本和法律条文之中，法律本身不是最终的目的，而是服务于更高目的的工具，尽管它是极为重要的工具。在休谟等人看来，让目的为手段牺牲是一种荒谬的看法。因此，他反对"即使天塌下来也要实现正义"（fiat justitia ruat coelum）的主张，赞成"枪炮作响法无声"（inter arma silent leges）的箴言。休谟指出："由于实现正义的义务完全建立在社会的利益之上，而这要求人们相互克制，不侵犯对方的财产，以维持人与人之间的和

---

① Locke, John. 1947. *Two Treatises of Government*. Ed. Thomas Cook. New York：Hafner Publishing Company, pp. 203–207. 也有学者提出，尽管洛克主张行政首长享有特权，但他认为这种权力应受制于立法机关，因为行政机关的权力是"从属性的执行权"（subordinate and ministerial power）。见 Langston, Thomas S. and Michael E. Lind. 1991. "John Locke & the Limits of Presidential Prerogative", *Polity* 24(1)：49–68。

② 这句话出自西塞罗《法律篇》，也有人译为"人民之安全乃最高法律"。见 Cicero. 1999. *On the Commonwealth and On the Laws*. Ed. James E. G. Zetzel. New York：Cambridge University Press. p. 159。商务印书馆的中译本译为"民族安全是他们最高的法律"，见［古罗马］西塞罗《国家篇　法律篇》，沈叔平、苏力译，商务印书馆 1999 年版，第 226 页。

平；显然，当正义的实现导致非常有害的后果时，在这种特别及紧急的情况下，必须暂时中止对那种价值的追求。”[①] 他还曾说：“在每一种政体里，真正的紧迫情形优先于所有的法律，超越于所有的限制。”[②]

布莱克斯通也认为国王应当享有某些特权，尽管他是一个议会主权的鼓吹者。秉承“国王不会犯错”（the king can do no wrong）的原则，布莱克斯通认为，这一原理意味着，国王不对特殊情形下处理公共事务的行为承担责任，同时，国王特权的行使不能对人民造成伤害，因为其存在的目的是为了人民的利益。[③] 他指出：“国王对合法特权的行使是且应该是绝对的，即任何法定机构都不能耽误或者抵制他。他可以根据自己的喜好，拒绝任何法律，缔结任何条约，发行任何货币，创设任何爵位，赦免任何罪行，除非宪法明确或者根据显而易见的结果判断确立了某种例外或者边界，宣布该特权应行使至此，不能走得更远。”[④] 像洛克一样，布莱克斯通也将国王特权理解为“实在法沉默的情况下为公共利益而行使的自由裁量权”，因此，如果特权的行使导致了公共损害，那么它就失去了合宪性。但是，即使国王特权的行使损

---

① Hume, David. 1987. *Essays, Moral, Political, and Literary*. Ed. Eugene F. Miller. Rev. ed. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 489.

② Hume, David. 1983. *The History of England from the Invasion of Julius Caesar to The Revolution in 1688*, Vol. 5 (in Six Volumes). Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 128.

③ Blackstone, William. 1893. *Commentaries on the Laws of England*. (In Four Books and Two Volumes), Vol. 1-Books I & II. Philadelphia : J. B. Lippincott Company, pp. 189-190.

④ Blackstone, William. 1893. *Commentaries on the Laws of England*. (In Four Books and Two Volumes), Vol. 1-Books I & II. Philadelphia : J. B. Lippincott Company, p. 193.

害了公共利益，应受惩罚的也不是国王，而是辅佐他的大臣们。[①]

美国的“国父”们也大都同意，在紧急情况下，为了实现极为重要的目的——比如保全整个社会，总统可以采取某些未经法律授权甚至背离法律的行动。[②] 譬如，杰斐逊曾说：“严格遵守成文法律无疑是一个良好公民的重要义务之一，但它不是最重要的义务。紧急需要的法则、自我保全的法则、在危险情况下挽救我们国家的法则，是更高的义务。因严格遵守成文法律而失去我们的国家，等于失去法律自身，连同生命、自由、财产以及所有与我们一起分享它们的人；这样，荒

---

① Blackstone, William. 1893. *Commentaries on the Laws of England.* (In Four Books and Two Volumes), Vol. 1–Books I & II. Philadelphia : J. B. Lippincott Company, p. 193.

② 美国总统的权力自19世纪末20世纪初以来呈现出不断扩张的趋势，尤其是在西奥多・罗斯福（Theodore Roosevelt）总统之后。他提出了一种“管家理论”（stewardship theory），并在这种理论的指导下扩张自己的权力。他在自传中坦承：“在我任总统期间，充满活力的最重要因素——仅次于对勇气、诚实以及渴望服务于普罗大众的真正民主的坚守——是我主张这样一种理论，即行政权只受制于《美利坚合众国宪法》或者国会据其宪法权力施加的具体限制和禁止。我的看法是，每一个行政官员，尤其是身居高位的每一个行政官员，都是人民的管家（steward），不应满足于埋没其才能的消极德行。我拒绝采纳这种看法，即除非总统能够找到具体的授权，否则他不得处理对国家紧急必要之事务。我相信，采取国家需要的任何行动，不仅是他的权利，而且是他的义务，除非这种行动被宪法或者法律禁止。根据这种对行政权的解释，我做了以及主动发起了很多以前的总统和各部部长没有做过的事情。我没有越权，但我极大地拓宽了行政权的使用。换句话说，我为了公共福祉采取了行动，我为了全体人民的共同利益采取了行动，无论何时以及无论何种方式是必需的，除非被直接的宪法或者法律禁令阻止了。我不关心单单因权力的形式和表象而招致的抨击；我极为关心具有实质性效果的权力运用。” Roosevelt, Theodore. 1922. *An Autobiography*. New York : Charles Scribner's Sons, p. 357。关于美国总统权力的演进和扩张，参见 Corwin, Edward. 1984. *The President : Office and Powers, 1787–1984*. 5th revised edition by Randall W. Brand, Theodore T. Hindson, and Jack W. Peltason. New York : New York University Press ; Rossiter, Clinton. 1987. *The American Presidency*. Baltimore, MD : John Hopkins University ; Berger, Raoul. 1974. *Executive Privilege : A Constitutional Myth*. Cambridge, MA : Harvard University Press ; Shane, Peter M. 2009. *Madison's Nightmare : How Executive Power Threatens American Democracy*. Chicago : University of Chicago Press ; Whittington, Keith E. and Daniel P. Carpenter. 2003. "Executive Power in American Institutional Development", *Perspectives on Politics* 1(3) : 495–513。

唐地为了手段而牺牲目的。”[①]“一个官员应当遵守命令；然而，如果在不应当遵命以及遵命将带来最严重后果的情况下遵守命令，他就是一个糟糕的官员。”[②]尽管杰斐逊赞成总统在紧急情况下行使特权，但他认为，总统只享有宪法上明确列举的那些权力，声称其享有这些权力以外的任何权力都是有悖法治精神的，因此，一旦总统行使了紧急情况下的特权，应当直接承认这是对法律的违反，并请求民众的认可或者批准，否则应该受到惩罚。由于宪法中并未明确授予总统特权，因此他负有证明其特权行使具有合法性的责任。[③]

与杰斐逊不同，汉密尔顿认为，《美利坚合众国宪法》第二条第一款的总统条款暗示了其享有特权，紧急情况下的特权是行政权的固有组成部分。汉密尔顿不相信对政府权力的精确限制有助于保护个人的权利和自由，不相信宪法和法律能够事先预见到可能出现的危急情形。他说：“在任何情况下都仅仅根据法律进行统治的想法（据说这是共和政体的唯一合理原则）站不住脚，它只存在于那些政治大儒的幻想之中，自命不凡的他们藐视经验教诲的告诫。”[④]在他看来，既然无法在宪法和法律上规范每一种可能出现的紧急情形，那就需要一种应付这些

① Jefferson，Thomas. 1905. *The Works of Thomas Jefferson*，Vol. 11. Ed. Paul Leicester Ford. New York：G. P. Putnam's Sons，p. 146.

② Jefferson，Thomas. 1905. *The Works of Thomas Jefferson*，Vol. 11. Ed. Paul Leicester Ford. New York：G. P. Putnam's Sons，pp. 149.

③ Fatovic，Clement. 2004. “Constitutionalism and Presidential Prerogative：Jeffersonian and Hamiltonian Perspectives”，*American Journal of Political Science* 48(3)：429-444.

④ Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 136.

情形的权力，而将这种权力赋予总统最合适，因为这一职位具有行动迅捷的特点。汉密尔顿并不认为总统特权的行使是不合法或者不合宪的，因而不需要事后获得民众的认可或者批准，他甚至怀疑民众具有做出适当判断的能力。[①]

无论是洛克，还是杰斐逊和汉密尔顿，都既是有限政府的倡导者，又是总统特权论的鼓吹者。在他们看来，自由宪政（liberal constitutionalism）思想与紧急情况下的总统特权并不矛盾。尽管在日常时期将政府的权力严格限制在法律范围内是十分必要的，但在非常时期这样做就可能背离人们设立政府的初衷，甚至无法保全整个社会。如果宪政的目的是保护个人的自由和权利，那么，当紧急情形的出现危及个人的自由和权利甚至个人的生命安全时，严格坚持法律条文或许就不那么合理了。[②] 然而，一旦赋予总统紧急情况下的特权，如何防止其滥用此种超法律（extralegal）的权力？洛克提出的条件是，特权的行使必须是为了公共利益。问题是，如何界定公共利益？由谁来做出判断？杰斐逊给出的答案是，由民众来判断，而汉密尔顿则怀疑民众是否有这个能力。为了防止特权的误用和滥用，杰斐逊提出的建议——特权的行使须受制于民众的批准或者认可——似乎是必要的。不过，难题在于，民众通过怎样的程序批准或者认可总统特权的行使呢？全民公决的方式无疑成本高昂，通过选举专门代表来完成

① Fatovic, Clement. 2004. "Constitutionalism and Presidential Prerogative: Jeffersonian and Hamiltonian Perspectives", *American Journal of Political Science* 48(3): 429-444.

② Fatovic, Clement. 2009. *Outside the Law: Emergency and Executive Power*. Baltimore, MD: John Hopkins University.

这种批准或者认可程序也会相当复杂。替代性的方案或许是，让议会和法院对总统特权的行使发挥一定的制约作用，无论是通过弹劾还是通过司法裁决的方式。也有学者提出，无论如何，制度性安排都难以对付事先无法预料的紧急情形，因此，走出困境的办法除了依赖考虑周到的制度性措施之外，或许还离不开总统的德行乃至整个民众的德行；有德行的民众不仅有助于判断总统职位必需的德行要求，而且有助于挑战总统权力的滥用。[①] 这有点儿类似于托克维尔强调的“民情”（mores）。在他看来，对于维护美国民主最重要的因素不是自然条件，也不是法律制度，而是民情——人们的心智习惯（habits of the heart and mind）。[②] 毋庸置疑，如果总统特权对于宪政民主和自由社会的实现是必需的，那么，如何防止这种特权的误用和滥用是一项重要而复杂的任务。

---

① 见 Fatovic，Clement. 2009. *Outside the Law：Emergency and Executive Power*. Baltimore，MD：John Hopkins University。

② Tocqueville，Alexis de. 1990. *Democracy in America*. Two Volumes. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York：Vintage Books.

三 司法权

从性质上讲，司法权是解释和适用规则并据此做出判断的权力，旨在解决人与人之间以及人与政府之间的纠纷。尽管确立规则的立法权和执行规则的行政权对于人们的合作互动不可或缺，但没有司法权，人与人之间自由而和平共处的可能性将微乎其微。只要人与人之间的权利和自由会发生冲突并且不能通过法外途径解决，只要存在着政府侵犯个人权利和自由的可能，就需要司法权，就需要一种以强制力为后盾的纠纷解决机制。在一个致力于保护个人权利和自由的社会里，司法权扮演着至关重要的角色。准确地说，它与立法权、行政权平起平坐，形成三权鼎立之势，互相制约与平衡。司法权决不应隶属于其他两种权力，决不应成为立法权或者司法权的附庸或者傀儡，否则，将没有自由和权利可言，因为司法的主要任务是捍卫正义。让一个旨在捍卫正义的机关服从其他权力——无论这种权力掌握在何种人或者何种机构手里，结果必然是非正义。司法机关只服从合乎正义的宪法

和法律，不对任何个人、组织或者机构负责。

那么，司法机关该如何产生？或者说，法官该如何产生？由于司法的专业和职业特性，法官应当通过任命产生，而不应当通过选举或其他方式产生。法官所从事的司法工作，要求他们长期研习并精通法律，具有渊博的法律知识和丰富的法律实践经验。因此，只能从这些精通法律并长期从事法律事务的人士中遴选法官。大约四个世纪之前，英格兰伟大法官库克爵士（Sir Edward Coke）即认识到司法活动的专业和职业特征。他区分了两种不同的“理性”，即“自然理性”（natural reason）和“技艺理性”（artificial reason），前者意味着与生俱来的天赋与智慧，而后者意味着后天专门学习获得的知识和经验。在他看来，司法就属于这种“技艺理性”。在评述15世纪英格兰法官利特尔顿（Thomas de Littleton）的著作时，库克指出：“理性是法律的生命，不，普通法自身除了理性之外什么都不是，它应当被理解为一种精湛的技艺理性——通过长期的研习、观察以及经验获得，而非每个人都拥有的自然理性，因为没有人是天生的能工巧匠（Nemo nascitur artifex）。这种法律理性（legal reason）是最高的理性（est summa ratio）。因此，即使把分散在众多人身上的所有理性都集中在一个人身上，他也不可能制定出像**英格兰法**这样的**法律**，因为它被一代又一代的无数认真博学之士加工提炼过，长期的经验使其臻于完善，以治理本王国，正如一句古老的箴言恰如其分表达的——无人聪慧胜法律（neminem oportet esse sapientiorem legibus）。没有人（凭借其自身的理性）能够

比英格兰法律更加智慧，它是理性的至善。”①

为了捍卫这种技艺理性，捍卫司法独立，库克爵士与英国国王詹姆斯一世（James I）进行过一场广为流传的激烈交锋。1607 年，詹姆斯一世想要插手司法，认为法官系国王的代理人（delegates），既然法官有权审理案件，国王当然也有权断案。但库克拒绝了他，主张国王不能亲自断案，只有法官才能这么做。② 詹姆斯一世说，他认为法律是建立在理性基础之上，而他和法官一样富有理性，为何不能断案？库克反驳道：“陛下具有渊博的学识和伟大的天赋，但陛下没有研习过英格兰王国的法律以及事关臣民生命、继承、财产或者身份的案件；它们不是根据自然理性裁决的，而是根据技艺理性和法律判断裁决的，一个人掌握法律之前，需要长期的研习和经验；法律是审理臣民诉讼的黄金准则（golden metwand and measure），保护陛下的安宁。”詹姆斯一世听后勃然大怒，说让他受制于法律等于叛国。库克回答道：“布雷克顿（Bracton）说：‘国王贵居万众之上，但必须受制于上帝和法律。’”③ 毋庸置疑，这种技艺理性观念对后世法律家影响巨大，尤其是

---

① Coke，Sir Edward. 2003. *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*，Vol.2. Ed. Steve Sheppard. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 701. 强调为原文所有。

② Coke，Sir Edward. 2003. *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*，Vol.1. Ed. Steve Sheppard. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 479-480.

③ Coke，Sir Edward. 2003. *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*，Vol.1. Ed. Steve Sheppard. Indianapolis，IN:Liberty Fund，p. 481. 布雷克顿（Henry de Bracton）是英国 13 世纪法律家，著有《论英格兰的法律与习惯》。

在普通法世界，型塑了人们对法律和司法性质的基本认识。[①]

既然司法是一种需要法律知识和经验的专门性活动，那么，从出色的法律人群体中遴选法官就是必要的。选择的方式应当是行政首长或者总统提名，然后经由议会上院或者参议院批准。采取这种方式的好处在于，总统能够较容易地挑选出精通法律之士，并且，为了防止总统的偏见和裙带关系，赋予参议院审查以及是否批准的权力。更加重要的是，这种任命方式构成了三权分立架构的重要组成部分，总统提名法官构成了行政权对司法权的制衡，参议院批准提名构成了立法权对司法权的制衡，同时，参议院（立法权）和总统（行政权）之间也构成了相互制衡。考虑到司法权固有的独立特性，行政权和立法权对法官产生的事先制约是十分必要的，否则，三权之间的制约将失去平衡性。

有人可能担心，这种任命方式会导致总统提名与自己政治见解相近的法律家担任法官，出现法官的党派化倾向。这一担忧并非没有道

---

① Lewis, John Underwood. 2004. "Sir Edward Coke (1552-1634) : His Theory of 'Artificial Reason' as a Context for Modern Basic Legal Theory" ,in *Law, Liberty, and Parliament : Selected Essays on the Writings of Sir Edward Coke*, ed. Allen D. Boyer, 107-120. Indianapolis, IN : Liberty Fund ; Berman, Harold J. 2003. *Law and Revolution, II : The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*. Cambridge, MA : Harvard University Press. pp. 238-263 ; Boyer, Allen Dillard. 1997. "Understanding, Authority, and Will : Sir Edward Coke and the Elizabethan Origins of Judicial Review" , *Boston College Law Review* 39(1) : 43-93。迥异于库克爵士的法律观和司法观，见 Hobbes, Thomas. 2005. *A Dialogue between a Philosopher and a Student, of the Common Laws of England* ; *Questions Relative to Hereditary Right*. Ed. Alan Cromartie and Quentin Skinner. Oxford : Clarendon Press. pp. 8-68。在这篇著名的哲学家与法律家的"对话"里，与库克法官针锋相对，霍布斯主张："不是智慧（wisdom），而是权威（authority），造就了法律。""**英格兰**的法律是**英格兰**的国王制定的，他们咨询了**议会**里的贵族和平民成员——其中没有一个是博学的法律家。"（第 10 页）强调为原文所有。

理，人们时常看到，美国总统通常都提名与自己或者本党政治倾向一致的法官，出现司法任命的政治化。但至少有两项制度安排可以大大缓解这一问题的严重性。一是参议院对总统提名法官的制约。尽管总统可以提名任何法律人担当法官，但能否成功要看参议院的意见和态度。如果参议院的多数与总统政治见解差别较大或者不属于同一个党派，那么，参议院对总统的制约就是显而易见的。只有在参议院多数与总统政治见解一致或者属于同一个党派的情况下，参议院对与总统的制约才会变弱。即使在此种情况下，还有另一种防止司法党派化倾向的制度安排，即法官一旦获得任命，就再也不受制于任命他（她）的总统和参议员。也就是说，法官一旦就任，无论是总统还是参议院都无法再对其进行实质性的制约——除非法官品行不端或者触犯了法律，更无法左右其政治倾向。事实上，美国的司法史表明，共和党总统任命的法官可能在就任后转而支持民主党的政治主张，反之亦然。[①]可见，只要有相应的制度安排确保法官的独立地位，就不必过于担心其就任后的政治倾向。

或许有人会说，为何不通过选举的方式产生法官？原因至少有二：一是因为选举的方式难以确保获胜的法官是精通法律的人士。除非将候选人框定在法律家群体里，否则，人们选举产生的法官可能对法律一窍不通。当选者肯定是一个受选民欢迎的人，但他（她）未必是一

① 一个较晚近的例子是，共和党总统（小布什）任命的联邦最高法院首席大法官罗伯茨（John G. Roberts，Jr.）在 2012 年 6 月 28 日的医保法案（*National Federation of Independent Business et al. v. Sebelius，et al.*）裁决中，实质性地支持了民主党总统奥巴马的医改政策，尽管这一政策是两党争论的焦点之一。

个具有渊博法律知识和丰富法律实践经验的人。既然司法是一种专业性活动，必须确保法官通晓法律甚至是法律界的佼佼者，而选举无法做到这一点。第二个原因是，通过选举产生法官必将使法官职位和竞选过程高度政治化和党派化。通过竞选产生法官，意味着候选人需要加盟某个政治党派，需要有自己的政治纲领，需要有自己的竞选目标，需要筹集竞选资金，法官候选人势必像总统或者议员候选人一样高度政治化。而这将有害于法官的独立，迫使法官致力于政治斗争，讨好选民或者某些利益集团。布赖斯（James Bryce）曾经指出："法官不仅应当与政党政治脱离关系，而且应当与所有地方势力脱离关系，通过地方选举的方式产生法官是一种危险的试验。"[①]

并且，倘若法官是通过选举产生，一个不可回避的问题是，他们是否有一定的任期？如果答案是肯定的，那么，任期多长合适？这种考量基于哪些因素？还有，如果法官在任期内未能完成自己正在审理的案件怎么办？继续审理还是转交给他人？考虑到这些不便和不当之处，通过选举的方式产生法官是不合适的，尽管有些国家以及美国某些邦的法官系选举产生。[②]在谈到美国一些邦的法官通过定期选举产生时，托克维尔曾经预测道："我敢预言，这些革新早晚会产生致命的后果；在未来某个时期，人们将会发现，它们通过削弱司法独立，不仅

---

① Bryce, James. 1921. *Modern Democracies*, Vol. II. New York: Macmillan Company, p. 438.

② 支持法官通过选举产生的主张，参见 Davis, Richard. 2005. *Electing Justice: Fixing the Supreme Court Nomination Process*. New York: Oxford University Press。

攻击司法权力，而且攻击民主共和国本身。”①

为了确保法官的独立，他们一旦获得任命之后，只要品行端正，就应当终身任职。这不仅意味着任何人或者机构都无权解除一个品行端正法官的职务——无论他（她）做出怎样的裁决，而且意味着法官可以选择终身工作——任何人都不得强制其退休。终身任职对于法官独立和司法公正至关重要，正如汉密尔顿所言：“品行端正的法官终身任职无疑是最有价值的现代政体革新之一。在一个君主国中，它是防止君主暴政的极好屏障；在一个共和国中，它同样是防止代议机构越权和压迫的极好屏障。它是任何一个确保持久与公正司法的政体中最好的制度安排。”②“如果法院被认为是护卫有限宪法（limited constitution）以防止立法侵犯的堡垒，这一考虑将为法官终身任职的论点提供强有力的支持，因为没有任何事物比它更有助于法官的独立精神，而这对于忠心完成如此艰巨的任务一定不可或缺。”③

终身任职确保法官工作职位的永久性安全，使其不必讨好任何机构或者个人。终身任职的保障意味着只要一位法官品行端正，任何人都无法撼动其职位，都无法剥夺其工作。这为法官提供了稳固可靠的安全感，使其不必担心因为自己的裁判而失去饭碗。任何定期的任命

---

① Tocqueville，Alexis de. 1990. *Democracy in America*，Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York：Vintage Books，p. 279.

② Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 401–402.

③ Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 405.

或者选举都无法提供这种安全感，都无法如此可靠地确保法官的独立。汉密尔顿的告诫值得回味，他说："定期任命（法官）——无论如何任命或者由谁任命，对于他们必需的独立，都在这方面或者那方面是致命性的。如果任命权掌握在行政机关或者立法机关手中，不当讨好拥有该权力的机关之危险就将存在；如果任命权同时掌握在这两个机关手中，将会出现不愿得罪任何一方的危险；如果任命权掌握在人民或者由人民为特定目的遴选的人手中，将会出现讨好民意的极大倾向，背离其只能忠于宪法和法律的基本准则。"①

根据汉密尔顿，法官终身任职的要求还有一个重要的职业理由。法官的任职资格要求渊博的法律知识和丰富的实践经验，要求品行端正、为人正派，而在一个社会里，具备这种条件的人不会太多。倘若法官的任期不是终身而是短期的话，那些最胜任的人选可能会选择放弃从事法官职业，而选择其他更稳定或者收入更丰厚的职业——诸如律师等。② 同时，终身任职的原则意味着，不得要求法官达到一定年龄之后退休。③ 其实，一般而言，法官是越老越好，因为这个职业需要丰富的阅历和经验，需要长期的积累和沉淀，要求法官达到一定年龄后退休，是对司法经验和智慧的一种极大浪费。人们不难发现，法治社会里的法官往往年龄都较大，四五十岁甚至五六十岁才被任命为法官。

① Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 407.

② Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 407-408.

③ 实际上，任何强制性退休制度都涉嫌年龄歧视，违反平等保护原则。此处不赘。

如果要求其在六十岁左右退休，其法官生涯不过昙花一现，而这将会严重打击胜任者追求法官职业的积极性。

除了终身任职以外，法官的薪水保障对于确保其独立地位也十分重要，因为“对一个人生计的控制意味着对其意志的控制”①。这种保障意味着，法官的薪水不仅不应当太低，而且应当在任职期间不得减少。众所周知，如果一个出色的法律人从事律师等私人职业，其报酬通常较为可观，一般都能跻身一个社会的高收入阶层。倘若法官的薪水太低，难以维持体面的生活，优秀的法律家便没有兴趣成为法官。因此，法官的薪水起码应能让其过上中上阶层的优裕生活，甚至高于一般的公职人员，让其不为生计发愁、没有后顾之忧。同时，在扣除通货膨胀等因素之后，法官的薪水在其任职期间不得减少。这有助于其生计存在恒久稳定的保障，使其独立于其他机关的操控。由于法官终身任职，有的法官难免任职数十载，倘若薪水没有恒久的保障，其生计和独立地位必将受到影响。

司法独立对于司法公正的实现至关重要。司法不独立，很难甚至不可能实现司法公正，因为公正要求不偏不倚，而依附于任何个人、组织或者机构的司法都无法避免偏私的结果。司法独立至少包括三层含义：一是整个司法权独立于立法权、行政权以及其他任何组织或者个人，即整个司法系统针对外部的独立。尽管其他组织或者个人对司法权的干预会破坏司法独立，但就宪政架构的设计而言，司法权的外

---

① Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 408.

来威胁主要是立法权和行政权，因为其他组织或者个人并无宪法上的干预基础。尽管三权分立和分权制衡要求司法权受到立法权和行政权的制约，但这种制约并不构成对司法独立的损害，而且主要是事先的制约。在这种制约之外，立法权和行政权不得干预司法权的行使，否则，即构成对司法独立的破坏。

司法独立的第二层含义是，每一个法院都独立于其他法院，即司法系统内部的独立。尽管法院之间也存在所谓的“上下级”关系，但它不同于行政系统内部的等级与隶属关系。在很大程度上讲，法院之间的上下级关系仅仅是为了纠正可能存在的裁判“错误”而设立，是一种预防性的“纠错”机制，尽管这种司法领域的错误并非通常意义上的含义。这种关系不意味着上级法院在权力上高于下级法院，而是意味着当下级法院的裁判可能出现不当或者不公时，上级法院可以纠正之。这种上下级法院之间的关系给当事人提供了上诉的机会，使其案件多获得一次审理的机会，并非意味着下级法院的裁判一定“错误”，或者上级法院的裁判一定“正确”。实际上，在有些情况下，上级法院的裁判可能被更高层级的法院推翻。即使最高法院的裁判，也很难说都是“正确”的，也很有可能被它自己推翻。既然如此，每一个法院的司法活动都是独立的，不受制于另一个法院。上级法院只能通过裁判推翻下级法院的裁判，无权命令或者指导下级法院如何裁决，否则下级法院便没有存在的意义。下级法院也不得请示上级法院如何裁判，否则上诉程序便形同虚设。无论如何，不同层级法院之间的关系，都不同于行政机关之间的关系。

司法独立的第三层含义是，每一个法官都独立于其他的法官，即法院或者法庭内部的独立。法官独立是司法独立的核心，或者说，从最终意义上讲，司法独立意味着每一个法官的独立。首先，这要求法官与法官之间的关系是相互平等与各自独立的，任何一个法官都不得干预或者不当影响其他法官的裁判，无论其是普通法官，还是审判长、庭长或者法院院长。在一个法院中，任何人在审判事务上都不享有特权，都无权命令或者指使他人根据自己的意志裁判。所有法官之间的关系都是平等的，不存在等级差别或者隶属关系。其次，每个法官都只对合乎正义的法律和自己的良知负责，根据自己对法律和正义的理解做出裁判。每个法官都只对自己或者自己同意的判决意见负责并署名，它意味着，法官的裁判责任是个体化的，每个法官只对自己的行为负责。从这个意义上讲，不区分个体责任的集体署名是不适当的，因为它将个体化的责任转化成了集体化的责任，让法官与法官之间承担“连带责任”。这种做法不仅破坏了法官的独立，而且容易导致一种集体不负责的倾向。让每一个法官对自己的判决意见负责，是约束法官行为的一种重要机制。当然，这要求所有的判决书都必须公开，让每一个法官的判决意见都暴露在阳光下，接受社会公众和专业人士的评判。

值得一提的是，有人担忧司法独立会导致司法专横和司法腐败。其实，这种担忧没有根据，司法专横和腐败多是由司法不独立或者其他方面的制度缺陷所致，没有证据表明司法独立会导致司法专横和腐败。从性质上讲，与其他机关比较起来，司法机关是“最不危险”和

“最弱”（汉密尔顿语）的部门，对人们权利和自由的威胁相对最小。一方面，它不像立法机关一样掌握着钱袋子——有权决定征税；另一方面，它也不像行政机关一样掌握着枪杆子——有强制执行的权力。法院既没有“强力”（force）也没有“意志”（will），而只有“判断”（judgment），甚至这种判断也必须依赖行政机关的帮助才能得以实施。[①] 因此，司法机关几乎不可能成功地侵犯其他机关，相反，需要提防的是其他机关对司法机关的侵犯，并考虑如何使其能够防卫这种侵犯。只要法院保持着与其他两个机关的分立，“尽管对个体的压制有时会出自法院，但它决不会给人民的总体自由（general liberty）带来危险”[②]。值得担忧的并不是司法独立，而是司法机关与其他两个机关之间缺乏分权制衡，因为那样做必然导致集权，导致天然孱弱的司法机关对其他机关的依赖。[③] 不难想象，这种集权的结果必然是司法专横与腐败。表面上看起来是司法机关作恶，其实，司法机关不过是个傀儡或者附庸，真正专横的是掌握着司法机关命运的行政权或者立法权——在前法治社会里通常是行政权。

同时，具有消极性和中立性的法院奉行不告不理的原则，从不采取任何积极的行动，因而独立司法对人们权利和自由的直接威胁较小。

---

① Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 402.

② Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 402.

③ Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 402–403.

与立法机关和行政机关比较起来，司法机关是消极的、被动的。立法机关主动确立社会运行的规则，行政机关积极参与规则的执行，唯有立法机关消极等待，只有当人们诉诸法院解决纠纷时，它才被动地做出判断，它才会考虑为其提供救济，而不是主动“出击”为当事人提供服务。司法的职能是裁决纠纷，在大部分情况下，只有在当事人发生了纠纷且不能自行解决之后，他们才可能求助司法，法院也才有介入的必要。如果当事人能够自行解决纠纷，司法的介入纯属多余，因为这不仅会占用不必要的司法资源，而且结果可能是当事人不满意的。这意味着，在纠纷解决领域，当事人的意思自治同样十分重要，这不仅因为当事人是自己利益的最佳判断者，而且因为建立在合意基础上的纠纷解决方案更有可能得到尊重。从这个意义上讲，除非当事人诉诸司法，纠纷解决应当坚持自治的原则，尊重民众自主解决纠纷的方式。

司法的中立性意味着，在审理案件并做出裁判时，法院不过是一个居间人的角色，类似于运动场上的裁判，处于完全中立之地位，否则难免产生偏袒和不公。哪怕当事人一方是政府，法院也不能在审判时站在政府一边，不能替政府说话，否则，它将无法公正地解决政府与公民或者其他组织之间的纠纷和冲突。司法机关与其他机关存在根本性的不同，它不是狭义政府的一部分，严格来说，“法官”也不是“官”。法官与其他官员或者公务员的唯一共同点就是其薪水都来自纳税人，在其他几乎任何方面都不存在共同之处。

有人认为，司法机关应当独立于其他机关，但不应当独立于民意。

如果这意味着民众或者媒体可以批评司法裁判，那恐怕没人表示反对，因为民众或者媒体享有批评任何司法判决的表达自由。如果它意味着让民意成为裁判的依据或者由民众主宰案件审理，那恐怕会招致可怕的后果。大致说来，“民意”可以分为两种：一种是关于重大制度安排的、恒久稳定的民意，一种是关于具体事件的、变动不居的民意。前者相当于民众的基本共识，这种基本共识形成了立宪和立法的基础。从这个意义上讲，司法制度作为政治生活中的一种制度安排，当然反映或者体现了民意，因为司法制度以及其他的政制安排，都是民众通过制定宪法和法律的方式确定下来的。比如，一国的民意决定了它是建立一个有限政府还是一个无限政府，是建立一个三权分立政体还是建立一个议行合一政体，是实行联邦制还是实行单一制等。这种关于重大制度安排的民意具有恒久稳定的特点，可能几十年甚至几百年都不会发生根本性的变化，因为它是关于一个共同体根本组织原则的共识。

但是，司法机关必须独立于第二种民意，即那种关于具体事件或者案件的、不断变化的民意。首先，这种“民意”究竟指的是“谁”的意？或者说，哪些“民”的意才能成为此种“民意”？之所以问这个问题，是因为这种意义上的“民意”决不像第一种意义上的“民意”那样清晰可辨，并且在一个社会里可能存在若干相互敌对的“民意”。第一种意义上的“民意”，指的是一个国家（接近）全体民众的意见，而关于某个具体事件的“民意”，常常无法达到（接近）全体民众的共识，因为它不是关于共同体最根本组织原则的看法。

也许有人会说，既然是“民意”，当然指的是多数民众的意见了。但是，为什么多数民众的意见就形成“民意”并可以制约司法呢？少数民众的意见是否应受尊重呢？可以预见，如果我们允许多数民众的意见占据控制地位，那么必然导致多数对少数的统治，也就是托克维尔所担心的“多数的暴政”。为了防止这种“多数的暴政”，理论家们主张对民主的决策方式进行限制，而最重要的限制机制便是宪政和法治。但是，宪政和法治如何防止民主决策中的多数暴政倾向呢？答曰：依赖司法，并赋予司法以独立的地位。司法的核心是规则之治，而这种规则是以那种恒久稳定的民意为基础的，它们恰恰构成了对那种日常的、变动不居的民意的制约。换句话说，以宪政和法治为目标的司法存在的意义，在很大程度上就是为了制约那种日常的民意，进而制约民主的多数暴政倾向。在这个意义上讲，司法独立不仅意味着司法独立于立法和行政权力，而且意味着独立于日常的民意。

可能有人会问，西方的陪审团制度不是日常的民意制约司法的一个很好例子吗？必须指出，英美的陪审团制度对于法治的演进和权利的保障至关重要，但它不是日常民意的体现。第一，陪审团制度的关键不是发掘“民意”，而是利用陪审团成员的“地方性知识”。因为陪审团成员通常来自疑犯生活的社区，比较了解其犯罪有关的各种事实，因而他们是犯罪事实的最佳判断者。第二，陪审团成员不是民意的代表，相反，陪审团制度要求他们不受民意的影响。为此，在审判期间，他们常常被置于一个封闭的环境中，几乎与世隔绝。只要我们看看辛普森案、杰克逊案等案件中陪审团的意见与主流民意的抵牾，便不难

理解这一点。第三，陪审团成员须在法官的指导下讨论和表决，严格遵守法定的程序和规则，而这一点与日常的民意完全不同。第四，也许有人会说，陪审团12位成员的意见也是“民意”呀！如果这样的话，那几位法官的意见难道不是“民意”吗？如果民意中的“民”包括12位陪审团成员，何以不包括3位或者9位法官？

无论如何，司法受制于民意都是不适当的，即使在一个前法治社会里。针对一个具体的案件，不仅可能存在着多种“民意”，而且民意是一把双刃剑，既可能有利于个案公正，也可能不利于个案公正。但无可置疑的是，司法受民意的操控必然导致对一般正义的伤害或者牺牲，因为它不仅不利于司法获得独立，而且破坏了司法职业化，让不具有“技艺理性”的人做出裁判。改变前法治社会里司法不公的适当路径，不是让民意控制司法，而是推动司法独立，确立分权制衡机制。司法公正源自司法独立，源自法官对法律和正义的坚守，源自其渊博的法律知识、对法律的恰当理解和适用，而非源自任何外在的干预和影响，尽管法官当然受到宪法和法律本身的约束。

倘若在司法独立的情形下，出现了法官行为不端甚至贪赃枉法、徇私舞弊之现象，并非没有相应的措施对其进行约束和制裁，主要手段之一就是对法官的弹劾。法官终身任职的前提是品行端正，这也是司法公正的基本保障。如果法官违反了司法职业伦理或者触犯了法律，那么，对其进行弹劾就是十分必要的。弹劾法官与弹劾总统一样，都由众议院提起而由参议院审理。成功的弹劾将使法官失去职位，触犯法律者还要被追究法律责任。弹劾法官是立法机关制约司法机关的重

要制度安排之一，是防止法官行为不当和滥用权力的有力措施。在法治社会里，法官通常深居简出，非常注意自己的行为，不接受当事人宴请或者其他好处，不以身试法或者枉法裁判，因行为不端而遭受弹劾者是极个别现象。

为了捍卫宪法与保护个人的基本权利和自由，司法机关的一个重要职能是进行违宪审查（constitutional review）或者司法审查（judicial review）[①]，主要是对立法机关通过的法律进行是否违反宪法的裁判并宣布其是否无效。违宪审查是确保宪法得以实施的重要制度安排，是实现宪政和法治的关键。没有违宪审查，宪法不过是一纸空文，个人的基本权利和自由也不过是空洞的宣言。宪法的目的在于确立一个有限政府，在于约束所有的权力，保护个人的基本权利和自由。这当然意味着立法权也要受制于宪法，立法机关通过的法律不得违反宪法，否则宪法就为普通的法律代替，个人的基本权利和自由就会遭到普通的法律侵犯。宪法不会自动地制约立法机关的权力，那么，应当由谁来制约它以防止其通过违宪的法律呢？

从分权制衡的宪政架构来看，基本上只有两种可能性。一是由行政机关或者总统来承担违宪审查的职能，但这与行政机关的性质不符，

---

① 这里对“违宪审查”和“司法审查”不加区分地使用，将违宪审查视为司法机关独有的职能。尽管德国等国家将违宪审查赋予专门的“宪法法院”，但这仍然属于“司法审查”——由司法机关进行的违宪审查。至于法国式的“宪法委员会”，因其不具有对违宪立法（事后）宣布无效的基本特征，故不认为其属于“违宪审查”。另外，本书并不打算对违宪审查的不同模式进行比较研究——这是中国学者长期关注的焦点，只在此指出，笔者倾向于由普通法院进行违宪审查，认为没有必要设立专门的宪法法院。如果普通法院不能胜任违宪审查，宪法法院也同样不能，无论从逻辑和法理上讲，还是从制度设计和实效上讲。

因为它的主要任务是执行法律，恐怕无法胜任对法律是否违宪做出判断的工作。并且，如果行政机关享有此项权力，它对不愿执行的法律便可以宣布违宪并无效，而这将会打破它与立法机关和司法机关之间的平衡，成为最强势的部门，其他两个部门都将受制于它。更何况，行政机关自身的行为也可能违反宪法，谁来对它进行违宪审查将是一个无法解决的难题。尽管也有人主张将违宪审查的权力赋予立法机关，让它自己审查自己的法律是否违宪，但这显然违反了任何人不得充当自己利益法官的基本原理，根本不必予以考虑。

那么，剩下的一种可能性便是将违宪审查的权力赋予法院，由法院判定议会通过的法律是否违宪。这种安排不仅没有任何不便，而且是理所应当的，因为法院的主要职能就是解释和适用宪法与法律，而违宪审查的核心就在于解释某个法律是否合乎宪法。除非宪法中明确禁止法院解释和适用宪法，否则法院将不可避免地对宪法的含义以及某个法律是否与宪法相悖做出解释和判断。当法院在审理案件时，其主要任务就是解释和适用宪法与法律，而法律是否与宪法的含义一致，是法院不可回避的问题。也就是说，只要允许法院解释和适用宪法与法律，法院的违宪审查就是不可避免的，它不是一个是否可欲的问题。汉密尔顿说得很明白："解释法律是法院正当而特有的职权。宪法事实上而且必须被法官视为根本法。因此，法官有权确定宪法以及立法机关制定的任何特定法律的含义。如果二者之间存在着不可调和的矛盾，当然应该选择强制性和效力更高的；或者，换句话说，宪法高于制定

法（statute），人民的意志高于其代表的意志。”[①]

从分权制衡的角度来看，违宪审查不仅是不可避免的，而且是值得追求的。它是司法权制约立法权的一个重要制度安排，是防止立法权滥用的一个必需装置。在共和政体下，立法权扮演着重要的角色，但它决不享有至高无上、不受限制的权力，否则，即使民选的立法机关也会滥用权力。那么如何限制立法机关的权力呢？一方面，它依赖行政机关的制约，尤其是总统的立法否决权；另一方面，它依赖司法机关的制约。那么，司法机关通过何种方式约束立法机关呢？由于司法机关不像行政机关一样主动出击——通过否决立法的方式对立法机关进行事先的制约，司法机关对立法机关的制约只能是事后的，并且只能体现在审判过程中。那么，这种方式几乎只能是违宪审查，即审查立法机关通过的法律是否合乎宪法，如果违反了宪法，即被宣布无效。如果司法机关不能行使违宪审查的权力，司法机关就几乎没有任何制约立法机关的手段。即使从分权制衡的一般原理来讲，司法机关的这种权力也是必需的，因为立法机关可以通过任命和弹劾程序约束司法机关，而司法机关如果没有违宪审查的权力，则无法反过来制约立法机关，二者之间的相互制约将处于不平衡的状态。

实际上，如果我们承认立法权是有限的，承认立法权必须受到制约，那么，对立法进行违宪审查就是不可或缺的。宪政与有限政府的基本理念意味着，立法机关只能制定一些法律——合乎宪法的法律，

---

① Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN: Liberty Fund, p. 404.

不能制定另一些法律——违反宪法的法律。譬如，立法机关不得制定溯及既往的法律，不得制定废除行政机关和司法机关的法律，不得制定剥夺个人基本权利和自由的法律等。如果立法机关超越了自己的权限，制定了违反宪法的法律，倘若没有遭遇总统的否决，那就只能指望司法机关阻止此种法律的执行。汉密尔顿指出，对于立法权的限制，"除了通过法院落实之外没有其他方式；法院必定有义务宣布所有违反宪法明文规定的法律无效。舍此，所有保留给个人的基本权利无异于一纸空文"[①]。由于立法权本身就源自宪法，立法机关制定的法律当然低于并受制于宪法，因此，"每当一个特定的立法违反了宪法时，司法机关都有义务遵守后者、放弃前者"[②]。

违宪审查的功能不仅在于限制立法权，而且在于防止侵犯个人基本权利和自由的法律，防止多数人的暴政。尽管在共和政体下，人民有权改变甚至废止他们自己确立的宪法，但人民的代表通过的立法不能违反宪法，不能侵犯人们的基本权利和自由。哪怕议会的法律是多数决的产物，它们也不能侵犯少数人的基本权利和自由。宪法的基本功能就是保护每一个人的基本权利和自由，当然包括在一个社会中处于少数的人的基本权利和自由。议会的立法奉行少数服从多数的原则，而这完全有可能导致议会中少数所代表群体的基本权利和自由遭到侵犯。也就是说，议会的立法可能体现的是多数的暴政——共和政体中

---

① Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 403.

② Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 405.

令人担忧的主要问题之一。宪政的重要价值在于，它不仅限制少数人的暴政，而且限制多数人的暴政。即使议会立法反映了多数的意志，它也不能违反宪法，侵犯少数的基本权利和自由。

既然如此，由法院通过违宪审查阻遏不公正法律的安排就是不可或缺的。当一个社会中的多数由于偏见、激情等原因压迫少数时，不公正的法律就可能通过代议制的渠道获得通过，少数的基本权利和自由就难以保障。法院作为捍卫个人权利和自由的最后一道屏障，负有审查并宣布不公正法律无效的责任，以阻止它们的执行。其实，违宪审查不仅能让那些不公正的法律无法执行，而且能对议会通过此种法律的企图形成制约。当议会试图通过一部侵犯人们基本权利和自由的法律时，它不得不考虑到这种法律可能遭遇的司法审查后果。[①] 这样，违宪审查不仅能够在不公正法律通过之后提供必要的救济，而且能够在不公正法律通过之前起到一定的威慑作用。

值得强调的是，违宪审查的安排并不意味着法院高于议会，并不意味着宪政架构中不同部门之间的失衡。违宪审查意味着宪法（根本法）高于法律（普通法律），违反宪法的法律是无效的，因为宪法是由人民制定的，是人民意志的反映，而法律是由人民的代表制定的，是人民代表意志的反映。否定这一点，等同于认为“受托人高于委托人；仆人高于主人；人民的代表高于人民自身；有权者不仅可以做未获授

---

① Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p 406.

权的事，而且可以做明确禁止的事。”[1]违宪审查不过是法院根据人民的意志审查人民代表的意志，不过是宣布违背人民意志的人民代表意志无效，因而，它不意味着司法权高于立法权，只是意味着人民的权力高于立法权，同时也高于司法权和行政权。在宪政共和政体中，立法、行政和司法三权之间没有高低贵贱之分，但它们都低于人民的权力，都来自人民的授权。

其实，从性质上讲，司法权与其他两种权力存在着根本的不同，因为司法权扮演着特殊的角色——裁决政府或者另外两种权力与公民之间的纷争。当立法权或者行政权涉嫌侵犯个人的权利或者自由时，由法院做出判断和裁决。作为居间人，法院是政府或者其他两种权力和公民之间的裁判。汉密尔顿指出，法院应被理解为人民和立法机关之间的居间组织，以确保立法机关在其授权范围内行事。[2]可见，法院的地位和作用非常特殊，完全不同于其他两种权力。尽管人们常将司法权与其他两种权力并列为宪政构架中的三权，但在某种意义上讲，司法权并不是一种真正的“权力”，或者说，它是一种非常独特的权力，一种居间做出判断的权力，而且，这种权力的落实——裁判的执行——还必须依赖行政权的帮助。既然如此，当立法机关通过的法律涉嫌违反了宪法，侵犯了个人的基本权利和自由时，如果有人因此提起诉讼，法院居间做出是否违宪的裁判就是水到渠成的事情。法院的违宪审查

---

① Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 403.

② Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 404.

权不是因为法院的权力更大或者法院更加明智，而是因为它扮演着解决政府与公民之间纠纷的角色，扮演着捍卫宪法以及保护公民的基本权利和自由的角色。

也许有人会说，违宪审查意味着法院对宪法的解释具有最终效力，为何它高于立法机关和行政机关的解释？毋庸置疑，立法机关和行政机关也都有解释宪法的权力，但它们的解释不具有也不应具有终局性，对法院没有约束力，尽管法院在审理案件时可以参考。如果立法机关的解释具有最高效力，那么它用法律取代宪法的可能性将无法避免，因为它可以根据自己制定的法律来解释宪法，让宪法的含义迁就法律，甚至扭曲宪法的意涵。这样，宪法对立法的限制将形同虚设，立法不得违宪的原则将无法落实。同时，如果行政机关的解释具有最高效力，那么它可以根据自己的理解去执行法律，这种执行将不受任何限制。让法院拥有最终的宪法解释权未必是最好的选择，但它是分权制衡架构下最不坏的选择。作为最终意义上的纠纷解决机关，如果法院没有宪法和法律的最终解释权，我们无法想象它如何让一个案件尘埃落定。如果立法机关或者行政机关的解释高于司法机关，我们无法想象法院的判决如何能够让人接受。

也可能会有人提出，如果法院利用违宪审查使自己的偏好取代议会的偏好，那该怎么办？这样的情形完全可能发生，但不能因此剥夺法院违宪审查的权力，因为只要我们允许法院解释宪法和法律，法院用自己的偏好取代议会偏好的可能性就存在。显然，禁止法院解释宪法和法律是不明智的，因为那样做的结果是，法院将无法适用宪法和

法律，无法审理案件。缓解这一问题的因素包括几个方面，诸如成文宪法限制了法院的解释空间，法官无法对宪法条文上明确清晰的内容——诸如对议员和总统任职年龄的要求——做任意性的解释；再比如，法院的解释必须讲出法理，并受前例的拘束，还要接受普通民众和法律界的公开评判等。并且，法官的独立地位使其忠于自己的职责，为自己的行为负责，减少滥用权力的可能。还有，由于法院奉行不告不理的原则，即使一部法律违反了宪法，倘若没有人因此起诉到法院，法院也不会主动行使违宪审查的权力。司法的这种消极性和被动性特征，也在一定程度上减小了法院滥用违宪审查权的可能。

对司法审查的另一个诘难是所谓的“反多数难题”（counter-majoritarian difficulty）[①]，即非民选的法官凭什么可以宣布民选议员多数制定的法律违宪。针对违宪审查的这种“反民主”特性，一些学者主张“把宪法从法院拿走”[②]，或者提出了“人民宪政”（popular constitutionalism）[③]。这里无法对这一引起广泛争论的主题进行详细分析——因为那需要长篇大论，只想指出解决这一难题的两个可能进路。一是承认司法审查确实存在着反民主的特征。如果民主意味着多数决——像很多人主张的一样，那么，司法审查着实具有反民主的

---

① Bickel, Alexander M. 1962. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis, IN: The Bobbs-Merrill Company, Inc, pp. 16-23.

② Tushnet, Mark. 1999. *Taking the Constitution Away from the Court*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

③ Kramer, Larry D. 2004. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press.

倾向，因为它挫败了民选议员的多数决。然而，这种多数决意义上的民主必须受到限制，受到宪法或者自由的限制，以实现“宪政民主”（constitutional democracy）或者“自由民主”（liberal democracy）。司法审查正是限制这种多数决民主的必要制度安排，以防范“多数的暴政”，防范多数决民主侵犯个人的基本权利和自由。

另一个进路是，否认司法审查具有反民主的倾向。如果民主不等于多数决，不等于民选议员的多数决，而是意味着每个人都是他自己的主人，意味着自治（self-governance）和共治（shared rule）[①]，那么，司法审查就没有反民主。恰恰相反，司法审查捍卫了人民制定的宪法，捍卫了人民的意志，挫败了人民的代表——民选议员——的意志。如果民主意味着人民的意志高于人民的代表的意志，那么，司法审查不仅没有反民主，而且还卫护了民主。如果议员多数通过的立法违反了宪法，那才是真正的反民主。

有人认为，违宪审查的始作俑者——“马伯里诉麦迪逊案”（Marbury v. Madison）——不过是一个偶然的产物，是一个政治斗争的

---

① 这种民主观是托克维尔意义上的，后经文森特·奥斯特罗姆（Vincent Ostrom）进一步阐释和发展。见 Tocqueville，Alexis de. 1990. *Democracy in America*. Two Volumes. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York；Vintage Books；Ostrom，Vincent. 1997. *The Meaning of Democracy and the Vulnerability of Democracies；A Response to Tocqueville's Challenge*. Ann Arbor，MI：University of Michigan Press。

结果，甚至是一个“伟大的篡权”。[①] 的确，《美利坚合众国》宪法上并没有明确规定司法审查，但司法审查的观念远远早于“马伯里诉麦迪逊案”，至少可以追溯至库克爵士 1610 年在“博纳姆医生案”中的判决。在该案中，库克主张法官有权审查议会立法是否违反普通法，他说：“普通法（common law）必定支配议会的立法，有时应裁判其无效。当一部议会立法违反普遍的正义和理性（common right and reason）、令人厌恶或者不可能被执行时，普通法将支配它，并判决该法无效……”[②] 在库克时代根本法的观念尚未出现，他的进路带有浓厚的“普通法宪政主义”（common law constitutionalism）色彩。[③] 该案被认为是司法审查（judicial review）的起源[④]，而它比“马伯里诉麦迪逊案”早了将近 200 年。其实，早在 1368 年爱德华三世（Edward III）时英格兰已经确立了一个重要的“违宪审查”原则，即所有违反《大宪章》（*Magna*

---

① Trickett, William. 1906. “The Great Usurpation”, *American Law Review* 40: 356–376. 亚历山大 · 比克尔（Alexander M. Bickel）说：“‘马伯里诉麦迪逊案’也许是历史的偶然，可归因于美国早期的政治格局、马歇尔的政治经历及其人格力量和政治家般的狡诈。”见 Bickel, Alexander M. 1962. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis, IN: The Bobbs-Merrill Company, Inc, p. 14。

② Coke, Sir Edward. 2003. *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol.1. Ed. Steve Sheppard. Indianapolis, IN: Liberty Fund, p. 275.

③ Edlin, Douglas E. 2008. *Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review*. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press; Allan, T. R. S. 2001. *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*. New York: Oxford University Press. 围绕“普通法宪政主义”的争论，参见 Eldin, Douglas E. Ed. 2007. *Common Law Theory*. New York: Cambridge University Press, pp. 171–236; Leslie, Justin. 2010. “Vindicating Common Law Constitutionalism”, *Legal Studies* 30(2): 301–323。

④ Plucknett, Theodore F. T. 1926. “Bonham’s Case and Judicial Review”, *Harvard Law Review* 40 (1): 30–70.

Carta）和《森林宪章》（*Carta de Foresta*）的制定法都是无效的。[1]库克爵士在评述这两个宪章时指出："根据这一原则，所有违反这两个宪章之一的先前的制定法现在都予以撤销；贵族和高级官员们应当宣誓遵守《大宪章》和《森林宪章》。"[2]在17世纪的英格兰，三权分立的观念逐步出现，尤其是在沃克（Clement Walker）的著作中。那时的法律家倾向于认为，议会不是全能的，议会的立法不能违反上帝的律法和自然法，不能违反任何人都不得为自己法官的基本原理等，超越立法权边界的制定法是无效的。[3]

库克的司法审查观念对它在美国的发展产生了深远的影响。[4]在殖民地时代，波士顿法院就在1657年的"吉丁斯诉布朗案"（Giddings v. Brown）中，根据库克的"博纳姆医生案"判决一个乡镇议会的立法无效。[5]美国革命甚至被认为是"一个法律家实践库克勋爵理论——损害普遍正义与英国人权利的议会立法无效——的革命。"[6]"库克、他

---

① Radin, Max. 1938. "The Doctrine of the Separation of Powers in Seventeenth Century Controversies", *University of Pennsylvania Law Review* 86(8)：842–866, p. 848.

② Coke, Sir Edward. 2003. *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol.2. Ed. Steve Sheppard. Indianapolis, IN：Liberty Fund, p. 752.

③ Radin, Max. 1938. "The Doctrine of the Separation of Powers in Seventeenth Century Controversies," *University of Pennsylvania Law Review* 86(8)：842–866.

④ Plucknett, Theodore F. T. 1926. "Bonham's Case and Judicial Review", *Harvard Law Review* 40(1)：30–70. Smith, George P. II. 1966. "Dr. Bonham' s Case and the Modern Significance of Lord Coke' Influence", *Washington Law Review* 41：297–314.

⑤ Smith, George P. II. 1966. "Dr. Bonham's Case and the Modern Significance of Lord Coke' Influence", *Washington Law Review* 41：297–314, p. 314.

⑥ New York State Bar Association Year Book. 1915. p. 238. 转引自 Boudin, Louis B. 1929. "Lord Coke and the American Doctrine of Judicial Power", *New York University Law Review* 6(3)：223–246, p. 223。

的同行法官及其美国革命前具有爱国之心的后继者的看法——议会并非全能并且法院有义务拒绝执行侵犯英国人自然权利的议会立法——不仅为诸如约翰·亚当斯（John Adams）、塞缪尔·亚当斯（Samuel Adams）以及詹姆斯·奥蒂斯（John Otis），而且为1776年之前殖民地立法机关、殖民地和乡镇惯例以及无数的乡镇集会长期采纳。”[①]

人们对汉密尔顿在《联邦主义文集》第七十八篇中对违宪审查的经典论述耳熟能详，但他并不是唯一一个在“马伯里案”之前就对它具有深刻认识的法律家。曾经担任纽约州最高法院法官并著有《美国法释义》的詹姆斯·肯特（James Kent）在1794年指出：“毫无疑问，违反宪法真实意图与含义的立法，应该是绝对无效的。唯一的问题是，是否立法机关自身是其宪法边界的合格判断者，是否其立法当然被认为总是与其据以行动的授权相符；或者，是否在此种情况下的决定权不属于法院的合适且排他性职权。不难看出，如果立法机关是宪法边界——以防止其自由裁量权滥用——性质和范围的最终判断者，权力制约的功效将荡然无存。源自对权宜之计同样偏好或者考虑的力量，立法机关将倾向于通过解释限缩或取消宪法，而这将导致个人权利的倾覆。它的意志将成为最高的法律，与没有宪法保障的情形无异。公共舆论的力量——在那种情况下存在的唯一约束手段——也不大可能产生影响，或者，即使产生影响，也不大会被寄予厚望。如果公共舆论在每一种情况下都被认为是正确且值得信任的，那么，显然没有必

① New York State Bar Association Year Book. 1915. 转引自 Boudin，Louis B. 1929. “Lord Coke and the American Doctrine of Judicial Power”，*New York University Law Review* 6(3)：223-246，p. 224。

要进行原初的和根本性的宪法限制。但不幸的经验足以告诫人类，舆论不是一个永远正确的安全标准。”①

肯特还论证了由法院进行违宪审查的合理性。他说：“法院的组织具有特别之优点，使其免受派系的影响，并在同时确保对法律的连续、严格以及公正的解释，因此，法院是政府中保障立法机关在其义务范围内以及捍卫宪法权威的最合适机构。”②“解释宪法如同解释法律一样，是一种司法活动，要求同样的法律裁量权行使。法院的确应将宪法当作最高性质的法律，每一个低于它或者派生于它的法律都必须与其保持一致。它来自人民自身的原初地位，他们界定了社会联合的永久性条件。主张法院必须服从不论是否违宪的立法，等于主张代理人的权力高于其主人的权力，主张下级权威的一个区区共存并列部门之意志应该支配人民制定的根本法。”③他还强调指出：“决定法律合宪性的权力在司法机关手中，对于维持政府的平衡是必需的；在所有政府部门中，立法机关是最莽撞与最强大的。仅仅在纸上勾画出几个不同部门的界限，是完全不够的，为此，在限权宪法中，行政机关被赋予了对立法的附条件或者完全的否决权。但是，司法权是所有权力中最弱的，鉴于它同样需要被保全，因此，在适当的理论中，不应该不

---

① Hyneman，Charles S. and Donald S. Lutz. Ed. 1983. *American Political Writings during the Founding Era，1760-1805*，Vol. II. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 941-942.

② Hyneman，Charles S. and Donald S. Lutz. Ed. 1983. *American Political Writings during the Founding Era，1760-1805*，Vol. II. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 942.

③ Hyneman，Charles S. and Donald S. Lutz. Ed. 1983. *American Political Writings during the Founding Era，1760-1805*，Vol. II. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 942-943.

赋予它宪法上的防卫手段。……解释宪法和法律的权力，将被发现通常是法院据以抵制攻击和防范侵犯其宪法授权的最合适——如果不仅是有效——的手段。”[①] 肯特得出结论说：“我认为，法院是抵御立法机关的派系和侵犯以保护我们限权宪法的适当与意中的卫士。”[②]

肯特的洞见表明，在 1804 年之前法律家对违宪审查的认识已经相当明确。不仅如此，最近的研究表明，在“马伯里案”之前美国法院已经多次利用违宪审查权。譬如，有学者发现，在美国独立之后至 1803 年的不到 30 年时间里，联邦和州法院在 31 个案件中利用违宪审查宣布立法无效。在另外 7 个案件当中，有一位法官认为法律违宪，尽管它们最终未被宣布无效。31 个成功利用违宪审查的案件大致包括 3 种类型：法院宣布影响到法院或者陪审团权力的立法无效；州法院宣布违反联邦宪法的州立法无效；联邦法院宣布州立法无效。并且，在这 31 个案件中的 24 个里，立法并非显而易见地违宪，或者可以做有理由支撑的合宪性解释。这清楚地表明，在“马伯里案”之前，法官对违宪审查的接受和适用具有一定的普遍性。[③] 由此可见，“马伯里案”的判决结果并非偶然，或者毋宁说，在偶然中隐藏着必然。可以想象，即使没有“马伯里案”，也会有其他案件成为违宪审查的先例；即使没有马歇尔法官，也会有其他法官行使违宪审查的权力。

---

① Hyneman, Charles S. and Donald S. Lutz. Ed. 1983. *American Political Writings during the Founding Era, 1760–1805*, Vol. II. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 943.

② Hyneman, Charles S. and Donald S. Lutz. Ed. 1983. *American Political Writings during the Founding Era, 1760–1805*, Vol. II. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 944.

③ Treanor, William Michael. 2005. “Judicial Review before Marbury”, *Stanford Law Review* 58(2) : 455–562.

第四章　联邦主义

联邦主义不只是一种政府形式；它是一种解决问题的方法，一种生活方式。其特性是多方面的。其产生与维持依赖联邦社会中公民共享的智慧技艺，那些共识与技能可能经过几代人而失传。当人们认为“政府”统治时，这种社会的存续发展即面临危险。凡人如何应对确保圣约（同伴）式解决问题的技艺存活之挑战呢？[1]

——文森特·奥斯特罗姆

① Ostrom, Vincent. 1991. *The Meaning of American Federalism: Constituting a Self-governing Society*. San Francisco: ICS Press, p. 247.

一 联邦制 VS. 单一制

从政治架构上讲，联邦制与单一制之间存在着根本区别。这种区别不是形式上的，而是实质上的，具有宪政意义。流行的看法认为，联邦制和单一制都不过是政府的“结构形式”，对于一个特定的国家而言，采用哪一种“形式”与政体的性质无关，只与特定国家的历史传统等因素有关。这里的看法不同，认为联邦制和单一制决不是一种“结构形式”，而是具有实质性内容的政治架构，与政体的性质密切相关。就其根本而言，联邦制意味着纵向的分权制衡，与有限政府和宪政安排内在关联，而单一制则意味着中央集权或者大一统，与有限政府和宪政安排多有龃龉。下面的讨论，旨在从不同的角度辨析联邦制与单一制之间的根本区别。

首先，联邦制建立在主权分享的理念之上，而单一制则崇尚单一、不可分割的主权。在联邦制社会里，联邦政府和各邦政府之间分享主权，各自享有部分主权，各自在自己的权力范围内管辖或者治理公共

事务。[①] 而在单一制社会里，主权由中央政府垄断，地方政府不享有任何主权，其权力来自于中央政府的授予。汉密尔顿精当地总结了二者之间的区别："将各邦完全统一为一个彻底的全国性主权（complete national sovereignty），意味着各个部分完全处于从属地位；无论它们可能还保留有什么权力，都将完全依赖全国性意志（general will）。但是，制宪会议的方案只是致力于部分的联合或者统一，各邦政府显然将保留所有它们以前享有的主权，除非根据宪法排他性地赋予了合众国。" [②]

主权单一且不可分割的观念，源自博丹、霍布斯等人的主权理论。在他们看来，主权是绝对的、至高无上的、不可分割的，主权的统一对于国家的统一是必需的，主权的分割将导致国家的分裂或者不稳定。[③] 霍布斯说："一群人经由每个个体分别同意并由一个人代表时，就形成了**单一**的人格。因为是代表者的**统一**而非被代表者的**统一**，造就了人格的**单一**。承载这一人格且是唯一人格的是代表者，否则，**统**

---

① 严格而言，在共和政体里，任何政府都不享有主权，因为主权在人民手里，所有政府的权力都来自人民，即"人民主权"（popular sovereignty）。所以，当谈及政府主权的时候，这种主权应被理解为管辖权或者治理权——人民授予政府的部分权力。

② Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN : Liberty Fund, pp. 154–155.

③ Bodin, Jean. 1992. *On Sovereignty : Four Chapters from The Six Books of Commonwealth*. Ed. Julian H. Franklin. New York : Cambridge University Press, p. 49, 104 ; Hobbes, Thomas. 1994. *Leviathan*. Ed. Edwin Curley. Indianapolis, IN : Hackett Publishing Company, Inc, pp. 115–116 ; Bartelson, Jens. 2011. "On the Indivisibility of Sovereignty", *Republics of Letters : A Journal for the Study of Knowledge, Politics, and the Arts* 2(2) : 85–94.

一在一群人中没法获得理解。"[1]这种主权观为单一制的政治架构提供了理论基础，其要旨在于，主权或者权力的统一对于法律的统一是必需的，而权力和法律的统一对于国家的和平与统一又是必需的；权力和法律的统一意味着政府的单一和统治权的垄断，意味着单一制与中央集权的政治安排。[2]

与此相反，联邦制则是建立在主权分享或者可分割观念基础之上的。这种主权观与美国"国父"们麦迪逊、汉密尔顿等人的理论贡献密不可分。在他们看来，为了自由与和平，任何政府的主权或者权力都必须是有限的，不同政府之间完全可以分享主权或者权力，它们在各自的管辖范围内行使主权或者权力。这种理论构建的是一个"复合共和国"（compound republic），与"单一共和国"（single republic）适成对照。前者意味着人民的授权在两个不同的政府——联邦政府和各邦政府——之间分割，后者则意味着人民的所有授权都集中在一个政府手里。[3]其实，主权分享的观念在很大程度上消解了主权，或者，更准确地说，消解了博丹、霍布斯意义上的主权。在很大程度上讲，美国联邦主义的理论和实验实际上提供了一种替代主权理论的政治

---

① Hobbes, Thomas. 1994. *Leviathan*. Ed. Edwin Curley. Indianapolis, IN : Hackett Publishing Company, Inc, p. 104. 强调为原文所有。

② Ostrom, Vincent. 1991. *The Meaning of American Federalism : Constituting a Self-governing Society*. San Francisco : ICS Press, pp. 29-52.

③ Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 270.

思想。[①]

在联邦制下，联邦政府和各邦政府的权力都来自宪法和人民，各邦政府的权力并非来自联邦政府，联邦政府无权剥夺各邦政府的权力，更没有权力废除或者合并各邦政府。在单一制下，地方政府的权力来自中央政府，中央政府有权决定赋予地方政府多少权力，也有权剥夺地方政府的任何权力，甚至有权废除或者合并地方政府。联邦制不承认最高或者至高无上的权力，联邦政府并非享有最高权力的政府，联邦政府与各邦政府之间不是行政隶属关系，而是平等分立关系。联邦政府与各邦政府的区别仅仅在于它们管辖的公共事务不同，前者负责管辖全国性的公共事务，诸如外交、战争等，而后者负责管辖与民众生活密切相关的地方性公共事务，诸如财产、婚姻、治安等。联邦政府与各邦政府的管辖权同时存在，并且是重叠性的（concurrent and overlapping jurisdictions），其对象是相同的公民。相反，单一制则承认最高或者至高无上的权力，这种权力属于中央政府，中央政府与地方政府之间是等级隶属关系，地方政府必须服从中央政府。中央政府有权管辖所有的公共事务，地方政府只是其在地方的代理人或者派出组织，负责执行中央政府的法令与政策，而没有专属于自己的公共事务。即使中央政府有时授权地方政府尝试一些全新的试验，中央也可以随时收回授权，叫停此种试验。

其次，联邦制与单一制的另一个重要区别在于，前者承认宪法和

---

① Ostrom, Vincent. 1991. *The Meaning of American Federalism: Constituting a Self-governing Society*. San Francisco: ICS Press, p. 51.

法律的多元，而后者则奉行宪法和法律的一元。在联邦制下，通常存在着两个不同的宪法和法律体系，即联邦有自己的宪法和法律，各邦也有自己的宪法和法律。这种体制的最大特点之一就是，宪法和法律的多元或者多样性，人们同时生活在不同的宪法和法律之下。联邦宪法是关于全国性公共事务的基本原则，各邦宪法则是关于本邦公共事务的基本原则。联邦可以就全局性事务制定普遍性法律，各邦则根据当地的条件制定地方性法律。与此相反，在单一制下，通常只存在一套宪法和法律体系，全国的宪法和法律都是单一或者统一的。它一般只有一部宪法，地方政府没有立宪权；所有的法律都来自中央政府，地方政府没有独立的立法权，或者即使有，也是中央政府授予并可以剥夺的。在这种体制下，既然地方政府的所有权力都是中央政府授予的，它当然没有完全属于自己的立法权。

也许有人会说，法律的统一对于法治不是必需的吗？实际上，法治并不要求法律和制度的统一，相反，从根本上讲，法制的统一是反法治的。法治要求法律制度具有正当性，而这要求法律制度合乎地方性条件，尊重多样性和差异化。[①] 法治要求基本法律原则以及基本权利和自由的统一，诸如法律面前人人平等、法律不溯及既往、无罪推定等基本原则的统一，以及言论自由、宗教自由、结社自由等基本权利和自由的统一，而不要求法律制度和具体规则的统一。确立这些基本

① 从效率与分工的角度讲，法制的多样性也优于法制的统一。布赖斯曾指出："通过创设许多拥有广泛权力的地方立法机关，联邦主义减轻了全国性立法机关的大量负担，否则，对其过于沉重。这样，事务处理得更加迅捷，全国性立法机关有时间审议那些最近乎影响全国的问题。"见 Bryce, James. 1995. *The American Commonwealth*, Vol. I. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 313。

法律原则和基本权利与自由的是全国性的宪法和法律，即联邦宪法和联邦法律，但这些宪法和法律只是一小部分，大部分的法律和具体规则则由地方根据当地的条件自行制定，而不应全国整齐划一。[①]具体法律规则的统一意味着全国大一统，忽略地方性的差异，抹杀地方的多样性，而这必然牺牲法律规则的正当性，不利于法治的实现。譬如，如果全国范围内都对盗窃等经济犯罪规定同样的处罚标准，则会忽略各个地方经济发展状况的差异。如果全国范围内的婚姻继承等都适用同样的规则，则会漠视不同地域的文化传统和民族习惯。此外，税收、治安、教育、交通等方面的大部分法律和制度，都应由地方自行确立，不必要也不应该全国统一。有利于法治的不是法制的统一，而是法制的多样性。

法国思想家贡斯当曾指出，不同地方的人们在习俗、文化、传统等诸多方面都存在差异，强行让他们遵守同样的法律和政策，无疑是弊大于利，因为它会牺牲掉人们对地方的情感、记忆和偏爱，而这是个体幸福的重要组成部分。在很大程度上讲，让不同的人们服从同一个政府和同样的法令，并不能改变他们的内在精神状态。人们的道德状况自幼逐步形成，与他们的成长经历、生活地域等密不可分，试图用统一的法律和政策改变它们，往往是徒劳无功，如果不给人们带来极大损害的话。伦理观念、正义感以及对和平的热爱等，更加容易在

① 贡斯当（Benjamin Constant）曾说，统治者的三种思想尤其危险：一是整齐划一的思想，二是稳定的思想，三是对草率改进的不明智欲望。见 Constant，Benjamin. *Principles of Politics Applicable to All Governments*. Ed. Etienne Hofmann. Trans. Dennis O'Keeffe. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 322。

小地方养成。[1]

在单一制大国里，对地方的民众而言，法律来自遥远的中央，经常是基于首都或者周边的状况而制定，忽略了各地的差异和多样性，其在地方的适用必然带来僵化和严厉的后果，由此造成的不正义很难传递到中央。地方民众的命运不是掌握在自己手里，而是掌握在数百甚至数千公里之外的一群人手里，这些人对地方的条件和民众的诉求知之甚少，缺乏同情。这样的治理方式很容易走向暴政。[2] 在高度集权的大国里，往往会形成一个小国，那就是首都，并且，“所有的野心都会去那里释放自己。其他所有地方都会静止不动、缺乏生气、停滞不前”[3]。

除了在法律与制度上的区别之外，联邦制和单一制在司法体系方面也存在着重大差异。在联邦制下，法律与制度的多样性要求司法体系的多样化，要求两套不同的司法体系，即联邦司法体系和各邦司法体系。它们各自独立存在，互不隶属。一般而言，联邦法院负责审理涉及联邦宪法和法律的案件，而各邦法院则负责审理涉及各邦宪法和法律的案件；联邦司法系统有自己的最高法院，各邦司法系统也有自己的最高法院，二者之间并无隶属关系。在单一制下，与法制的整齐

---

① Constant, Benjamin. *Principles of Politics Applicable to All Governments*. Ed. Etienne Hofmann. Trans. Dennis O'Keeffe. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 323.

② Constant, Benjamin. *Principles of Politics Applicable to All Governments*. Ed. Etienne Hofmann. Trans. Dennis O'Keeffe. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 324.

③ Constant, Benjamin. *Principles of Politics Applicable to All Governments*. Ed. Etienne Hofmann. Trans. Dennis O'Keeffe. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 324.

划一相仿的是司法体系的单一，即全国只有一个司法系统，只有一个最高法院。全国所有的案件，不论是否涉及地方事务，都要在该单一司法系统内审理。

联邦制与单一制的第三个重要区别在于，前者实行名副其实的地方自治，而后者实行不折不扣的中央集权。在联邦制下，由于联邦政府和各邦政府的相互分立与独立，联邦政府的权力范围不仅有限，而且是在宪法上明确厘定的。除了外交、战争等全国性事务由联邦政府管辖之外，其余各项事务均由各邦政府管辖。因此，各邦政府享有高度的自治权，有权制定自己的宪法和法律并据此进行治理。联邦政府无权干预各邦政府的事务，无权命令各邦政府服从自己。当联邦政府和各邦政府因为管辖权发生冲突和纠纷时，由法院依据宪法进行裁决。而在单一制下，中央政府享有至高无上的权力，或者说，所有权力都集中在中央政府手里，地方政府没有专属于自己的权力，其权力来自于中央政府。中央政府有权决定赋予地方政府多少权力以及何时剥夺这些权力，中央政府甚至有权废除地方政府。尽管中央政府可以赋予地方政府较大或者较多的权力，但中央政府也可以随时收回这些权力。在很大程度上讲，地方政府不过是中央政府的传声筒，不得不服从中央政府的命令。

可能有人会说，在单一制下不是亦可实行地方自治吗？英国等国家为单一制国家，不是也存在地方自治吗？首先，从制度构造上讲，单一制是无法实行真正的地方自治的，因为中央政府享有所有的权力，地方政府没有独立的权力。即使中央政府出于某种原因赋予了地方政

府一定的自治权，这种权力也缺乏宪法和制度保障，因为中央政府可以随时收回这种权力，即剥夺地方政府的自治权。当中央政府剥夺地方政府的自治权后，地方政府没有获得救济的法律手段。其次，从自治程度上讲，单一制下的地方自治与联邦制下的地方自治无法相提并论。也就是说，即使单一制下存在一定程度的地方自治，它也远远不及联邦制下的地方自治。单一制下地方政府享有的自治权，无论如何都无法与联邦制下各邦政府享有的自治权媲美。譬如，在联邦制下，各邦都可以制定自己的宪法，都可以确立自己的司法系统，而单一制下的地方政府则不享有这些权力。最后，对一个国家政治结构的理解不能只看其形式，而要看其实质，看其权力架构的制度安排以及全国性政府和地方政府之间的关系等因素。尽管英国表面上看是一个单一制国家——很多理论家也这么认为，但从实质上看，它更像一个联邦制国家，或者说，它是一个“事实上的联邦制政体”（de facto federal system）。[①]

其实，英国有着悠久的地方自治和联邦传统。[②]至少自中世纪起，地方自治就在英国生根发芽，这一进程与城市宪章的出现密切相关。很多城市都获得了确保自治的宪章，不少市镇就被称为“自治市”（borough）。1215 年的《大宪章》第十三条规定：“伦敦市享有自古即有之自由，以及水陆通关之自由。而且，我们授权所有其他城

① Weingast，Barry R. 1993. “Constitutions as Governance Structures：The Political Foundations of Secure Markets”，*Journal of Institutional and Theoretical Economics* 149(1)：286–311，p. 293. 尽管这是温加斯特（Barry R. Weingast）对 18 世纪英国的描述，但它在很大程度上也适用于今天的英国。

② Burgess，Michael. 1995. *The British Tradition of Federalism*. London：Leicester University Press.

市、自治市、乡镇与港口享有其全部自由并得自由通关。”在英国历史上，公民积极地捍卫地方权力和自治，这是维护他们在议会中代表权利的重要手段。“光荣革命”爆发的原因之一，就是地方的政治自由（local political liberty）受到了侵犯。革命之后英国公民的基本共识是，全国性的权力必须受到限制，地方自治必须受到尊重。[①] 光荣革命之后的英国，经历了权力回归地方的重要转变，地方民众和政府享有高度的自治权，来自中央政府的干预远远少于斯图加特王朝时代，英格兰、威尔士以及苏格兰的郡县变成了“接近独立的孤地”（pockets of approximate independence）。[②]

英国的联邦传统在 19 世纪之后与帝国观念、爱尔兰问题以及欧盟的演化相伴。[③] 今天的英国仍然有着重要的联邦特征，苏格兰、威尔士和北爱尔兰都享有高度的自治权，有些权力类似于甚至等同于联邦制政体下各邦享有的权力。譬如，苏格兰有自己的议会，可以就外交、国防、社保等以外的几乎所有地方性事务立法；苏格兰有自己的最高法院系统——最高刑事法院（High Court of Justiciary）、最高民事法院（Court of Session）和法院会计师办事处（Office of the Accountant of Court），且对当地的刑事案件拥有终审管辖权，不受制于 2009 年设立

---

① Weingast, Barry R. 1993. “Constitutions as Governance Structures: The Political Foundations of Secure Markets”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 149(1): 286–311, pp. 303–304.

② Green, Jake P. 1994. *Negotiated Authorities: Essays in Colonial Political and Constitutional History*. Charlottesville, VA: University Press of Virginia, p. 37. “接近独立的孤地”一语出自 Shils, Edward. 1975. *Center and Periphery: Essays in Microsociology*. Chicago: University of Chicago Press, p. 10。

③ Burgess, Michael. 1995. *The British Tradition of Federalism*. London: Leicester University Press.

的英国最高法院。威尔士的议会——国民大会（National Assembly of Wales）也在2011年之后享有广泛的立法权，可以在教育、医疗等20个领域完全自行立法，无需经过英国议会的同意。

与此同时，有些国家虽然名义上是联邦制，实际上是单一制，因而在那里并没有真正的地方自治，比如前苏联。虽然它名叫“联盟”，架构看起来也类似联邦，由若干加盟共和国组成，甚至在宪法上规定它们可以退出联盟，但是前苏联奉行的是高度的中央集权，所有的权力都集中在莫斯科和中央政府，集中在苏共甚至斯大林等党魁一个人手里，各加盟共和国不仅没有实际上的自由退出权力，而且没有根据当地情形自行制定法律和政策的权力。其实，权力高度集中的苏联党国体制，不仅对各加盟共和国和地方政府控制严密，而且几乎废除了所有中间组织，对每一个人实行极权统治。[1]因此，判断一个国家的政治架构究竟是联邦制还是单一制，不能只看其形式或者外表，而要看其政治运转的现实。

联邦制与单一制的第四个重要区别体现在公民身份上。在联邦制下，公民身份是双重甚至多重的，即每个公民不仅是联邦的公民，而且是某个邦的公民。比如，每个美国公民不仅是联邦的公民——美利坚合众国公民，而且是他（她）所居住邦的公民。瑞士的公民

① Pipes，Richard. 1997. *The Formation of the Soviet Union：Communism and Nationalism，1917–1923*. Rev. ed. Cambridge，MA：Harvard University Press；Suny，Ronald Grigor. Ed. 2006. *Cambridge History of Russia*，Vol. 3：*The Twentieth Century*. New York：Cambridge University Press；Obolonsky，Alexander V. 2003. *The Drama of Russian Political History：System against Individuality*. College Station，TX：Texas A&M University Press.

身份则有三重，即每个瑞士公民首先是某个市镇（commune 或者 municipality）的公民，其次是某个邦（canton）的公民，最后是瑞士联邦的公民。[①]这种双重或者多重公民身份是与联邦制的复合共和结构以及重叠性管辖权相一致的。既然在联邦制下存在着双重或者多重共和国，既然它们对同一个公民同时行使管辖权，那么，每一个公民的身份必然是双重或者多重的。这种双重或者多重公民身份意味着，每一个公民享有的权利和负有的义务也是双重或者多重的，他（她）同时受两个或者多个分立政府的保护，而且同时对两个或者多个分立的政府负担责任。而在单一制下，公民身份是单一或者唯一的，所有的公民都只有一重身份。既然奉行中央集权和整齐划一，它不大可能承认公民的双重或者多重身份，相反，它要求公民只对一个政府保持忠诚，只服从一个政府的法令。

联邦制和单一制的第五个区别在于，联邦制能够更好地防止多数的暴政，而单一制则难以避免这一点。在很大程度上讲，联邦制旨在维护多样性，尊重每个地方独特的文化、传统、习俗等，哪怕是少数的利益也必须受到尊重，防止多数侵犯少数的权利。[②]在联邦制下，议会的组织架构通常实行两院制，一院（众议院）按照人口产生代表，另一院（参议院）则按照地域产生代表——各邦代表相同，所有的法律都须同时经过两院批准，这样，两院之间形成分权制衡。如果代表

① 1999 年《瑞士联邦宪法》（*Swiss Federal Constitution*）第三十七条。

② McClellan, James. 2000. *Liberty, Order, and Justice: An Introduction to the Constitutional Principles of American Government*. 3rd ed. Indianapolis, IN: Liberty Fund, p. 316.

人口多数的众议院通过了一个损害少数人口或者某个邦利益的法律，参议院则可阻止这一法律的通过，避免多数的暴政。正如阿克顿勋爵（Lord Acton）所言："在所有制约民主的措施中，联邦主义是最有效和最令人满意的……联邦制通过分割主权以及只赋予政府特定界明的权力而限制和约束主权。它是制约不仅多数而且全体人民权力的唯一方法，它为议会的另一院提供了最坚实的基础——这被发现是每一个真正民主政体中保障自由的基本措施。"[①] 他还说："对绝对民主（absolute democracy）的真正天然制约就是联邦制，它通过保留给各邦的权力限制联邦政府，通过各邦让渡的权力限制各邦政府。它是美国对政治学的不朽贡献，因为邦权利（state rights）同时是民主的最终目的和防护装置。"[②] 美国学者莫利（Felix Morley）也表达了同样的看法，他说："据其本性，联邦制是多数意志无限制获胜——政治民主的实质——的阻碍力量。联邦制分权的特点是阻遏保留给自治地方控制之所有事务中的任何'公意'（general will）。"[③]

而在单一制下，由于实行中央集权，全国只有一个政府，中央政府与地方政府之间没有相互制衡的关系。在这种体制下，倘若政府系民选产生，多数的力量几乎总是占上风，因为没有抑制民主的机制。

---

① Lord Acton. 1985. *Essays in the History of Liberty: Selected Writings of Lord Acton*, Vol. I. Ed. J. Rufus Fears. Indianapolis, IN: Liberty Fund, p. 84. 在谈到古希腊罗马时代的联邦试验时，阿克顿勋爵还说："众多的政府和对话中心，能够促进政治知识的传播和健康独立观念的维系。它是少数派的保护装置以及自治的圣殿。"（第 21 页）

② Lord Acton. 1985. *Essays in the History of Liberty: Selected Writings of Lord Acton*, Vol. I. Ed. J. Rufus Fears. Indianapolis, IN: Liberty Fund, p. 211.

③ Morley, Felix. 1959. *Freedom and Federalism*. Chicago: Henry Regnery Company, p. 226.

单一制社会中的议会通常实行一院制，根据人口产生代表，占人口多数地区的意志难以受到制约，因而容易产生多数的暴政。譬如，如果来自人口较多地区的议会中多数打算制定一项侵犯人口较少地区利益的法律，议会中的少数几乎无法获得救济。尽管司法审查是一个防止多数暴政的重要手段，但一院制的议会里没有相互制衡以防止多数暴政的制度安排。

从政治经济学的角度来讲，联邦制与单一制的区别也十分明显。联邦制类似于市场机制，有助于不同政府之间——尤其是各邦政府之间——的竞争，从而促使其更有效地提供地方性公共物品和公共服务，并给民众提供了出口选择。[①] 在联邦制下，由于各地实行不同的法律和制度，不同地方课征的税收和提供的公共物品也千差万别，如果人们可以自由迁徙，他们会选择“用脚投票”，迁入公共物品提供较为有效的地域，从而迫使其他地方的政府改善当地的公共物品提供，更好地满足当地民众的需求。[②] 当然，迁徙需要成本，并且，与公司或者企业的迁徙相比，居民的迁徙成本更大一些，因为他们的主要财产——尤其是房地产，是无法跟着迁徙的。不过，联邦体制下居民的自由流动，导致有相同或者类似偏好的人们聚居到一起，而这有助于提高公共物

---

① Buchanan, James M. 2001. *The Collected Works of James M. Buchanan*, Vol. 18 : *Federalism, Liberty, and the Law*. Indianapolis, IN : Liberty Fund, pp. 68–70.

② Tiebout, Charles M. 1956. “A Pure Theory of Local Expenditures”, *Journal of Political Economy* 64(5) : 416–424 ; Bish, Robert L. 1987. “Federalism : A Market Economics Perspective”, *Cato Journal* 7(2) : 377–396 ; Dye, Thomas R. 1990. *American Federalism : Competition among Governments*. Lexington, MA : Lexington Books.

品提供的效率。[1]

联邦制内在地构造了一种竞争格局，不仅通过竞争形成相互制衡的态势，而且通过竞争鼓励创新和多样性。联邦政府不是单一制意义上的中央政府，因为在联邦制下，没有“中央”，联邦政府不过是第若干个邦政府，正如有学者将美国的联邦视为第五十一个邦一样。[2] 联邦政府应被视为多样性而非大一统的来源，它的任务不是推进各邦的法律与政策整齐划一，而是参与到与各邦的竞争之中，给人们提供更多的选择机会，鼓励多样性和差异性。[3] 在联邦制下，只要资本和劳动力可以自由流动，地方政府限制或者干预经济活动的企图就会受挫，因为资源会流向别处。地方政府之间的竞争，意味着它们争相制定吸引居民和资源的公共政策，导致出现多样性的公共物品和服务。同时，联邦制有助于削弱寻租的程度和普遍性，因为地方政府之间的竞争限制了寻租的成功。由于寻租型的规制只能是地方性的，本地区之外的竞争者就会占据上风。[4]

然而，尽管各邦之间的竞争限制了它们对公民的榨取，但这种竞争对联邦政府的限制较为有限，无法遏制联邦政府的扩张和膨胀。因

---

① Oakerson, Ronald J. 1999. *Governing Local Public Economies: Creating the Civic Metropolis*. Oakland, CA: ICS Press, p. 111.

② Wildavsky, Aaron. 1990. "A Double Security: Federalism as Competition", *Cato Journal* 10(1): 39-58.

③ Wildavsky, Aaron. 1990. "A Double Security: Federalism as Competition", *Cato Journal* 10(1): 39-58, pp. 46-47.

④ Weingast, Barry R. 1993. "Constitutions as Governance Structures: The Political Foundations of Secure Markets", *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 149(1): 286-311.

此，诺贝尔经济学奖获得者布坎南（James M. Buchanan）建议，更具竞争性的联邦制应当赋予各邦在特定条件下脱离联邦的权力，以制约联邦政府的集权化倾向，防止其蜕变为单一制下的中央集权政府。如果各邦政府拥有脱离联邦的权力，那么，当联邦政府僭越了自己的宪法权限时，各邦政府可以选择退出联邦。这种退出的威胁类似于各邦之间竞争造成的个人出口选择，构成了一种对联邦政府限制的有效手段。虽然很多人或许难以接受这种脱离联邦的制度设计，但它提供了一种防止联邦制蜕变为中央集权的理想蓝图。[①]

除了竞争性的一面之外，联邦主义还为民众提供了有效参与政治选择的机会。如果说竞争给人们带来的是出口（exit）选择的话，那么，参与让人们发出自己的声音（voice），影响政治过程与公共决策，左右公共物品的提供。在联邦制下，由于存在大量的地方政治单位，它们的规模远远小于全国性政府，因而民众在政治生活中更有可能扮演较为重要的角色，他们发出的声音要比在一个大政治共同体里更加有力和有效。[②] 可以想象，在一个人口只有 1 万或者 10 万的共同体中，一个人的声音要比其在一个人口数千万甚至上亿的共同体中更有影响。同时，一个共同体越小，民众的同质性相对就越高，人们之间的政治

---

① Buchanan，James M. 2001. *The Collected Works of James M. Buchanan，Vol. 18 : Federalism，Liberty，and the Law*. Indianapolis，IN : Liberty Fund，pp. 70-72.

② Buchanan，James M. 2001. *The Collected Works of James M. Buchanan，Vol. 18 : Federalism，Liberty，and the Law*. Indianapolis，IN : Liberty Fund，pp. 82-84. 对“出口”和“选择”的系统讨论，见 Hirschman，Albert O. 1970. *Exit，Voice，and Loyalty : Responses to Decline in Firms，Organizations，and States*. Cambridge，MA : Harvard University Press。

诉求和伦理观念就会越接近，而这有助于他们相互之间的理解和同情，有助于他们自由而和平地共处。[①]

而在单一制下，由于全国只有一个政府，地方政府不过是中央政府的传声筒，且全国各地的法律和制度整齐划一，地方政府之间不能形成竞争的态势，民众也无法通过“用脚投票”行使出口选择权。事实上，在这种体制下，民众从一个地方迁徙到另一个地方的意义不大，因为各地几乎是铁板一块，除非自然因素以及歧视性制度造成地区间的差别。在中央集权社会里，中央政府所在地——首都——以及各地区的首府，往往都是权力和资源较为集中的地方，享有一些其他地方所不享有的特权。民众迁徙的基本特点是从边缘地区迁往那些中心或者中央地区，而不像联邦社会里人们在不同的地区之间自由流动，并通过这种流动给地方政府施加改善公共物品提供的压力。如果说联邦制造就了竞争的话，那么，单一制形成了垄断。同时，单一制也不像联邦制一样给民众提供有效发出声音的机会，因为那里没有地方性政治，只有全国性政治，或者，更加准确地说，那里的地方性政治几乎完全受制于或者依附于全国性政治，而民众对全国性政治的影响几乎微不足道。

此外，从地方试验、错误纠正以及冲突解决的角度来讲，联邦制也与单一制存在着不小的区别。在联邦制下，由于地方自治受到高度尊重，各地可以充分地进行地方性试验，并且，一个地方试验的失败

---

① Buchanan, James M. 2001. *The Collected Works of James M. Buchanan*, Vol. 18 : *Federalism, Liberty, and the Law*. Indianapolis, IN : Liberty Fund, pp. 84–86.

或者由此造成的失误不会对其他地方造成影响，不会给全国带来危险和灾难，试错的成本相对较低。正如布赖斯所言：“联邦主义能够使人们尝试立法和治理方面的试验，而它们在一个大的中央集权国家不能安全地尝试。一个相对小的共和国，诸如美国的一个邦，容易制定或者废除其法律；错误不会那么严重，因为它们很快就可以纠正；其他邦可以从进行试验之邦的立法或者措施带来的经验教训中受益。”[①]他还敏锐地指出：“如果联邦主义削弱了一个国家的集体力量，那么，它也削弱了其规模和地方多样性所暴露出的危险。一个国家的分割，就像一个防水舱隔组成的船一样。当一个隔断漏水时，装在那里的货物也许会损坏，但其他隔断部分仍然保持干燥，确保船舶漂浮。因此，如果社会冲突或者经济危机招致骚乱，或者在联邦的一个成员中出现了愚蠢的立法，祸害或许就局限于该邦范围内，而非扩至并危及整个国家。”[②]其实，联邦制允许国家的不同地方根据当地的条件进行自治，能够在很大程度上避免地方的不满，或者阻止地方不满转化为全国性的冲突。[③]

与此相反，单一制的体制要么不允许地方性试验，要么将这种试

① Bryce, James. 1995. *The American Commonwealth*, Vol. I. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 312.

② Bryce, James. 1995. *The American Commonwealth*, Vol. I. Indianapolis, IN : Liberty Fund, pp. 312-313.

③ Bryce, James. 1995. *The American Commonwealth*, Vol. I. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 309.

验控制在中央政府的手里，或者由其做出统一安排。[1]整齐划一的要求，意味着多样性、差异化的地方试验难以获得批准。因而，这种体制下的试验往往是全国性的，哪怕看起来是在地方推行，因为操控试验的真正力量来自中央。在这种情况下，一旦试验失败，结果可能会殃及全国。如果一个地方的试验造成了危险和冲突，它们往往会波及整个国家，中央政府也会将其视为全国性事件或者灾难。在这种体制下，试错的成本通常比较高，一旦立法或者政策出现了失误，往往损失惨重，民众为此付出高昂的代价。

以上区别表明，联邦制与单一制的不同，决不仅仅是形式上的，而是具有根本性。对于确立宪政民主政体而言，联邦制具有明显的优势——它能使一个共同体“既像一个小国那样自由和幸福，又像一个大国那样光荣和强大”[2]。联邦制的实质是通过纵向的分权制衡有效地约束权力，实行地方自治，有助于保护个人的自由与权利。正如阿克顿勋爵所说：“联邦制政体的基本特征是，通过分立和分割主权，对权力

---

① McClellan, James. 2000. *Liberty, Order, and Justice: An Introduction to the Constitutional Principles of American Government*. 3rd ed. Indianapolis, IN: Liberty Fund, p. 319.

② Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York: Vintage Books, p. 165. 托克维尔发现，在维护美国民主共和政体的因素中，有三个较为重要：一是联邦制度，将一个大共和国的力量与一个小共和国的安全结合在一起；二是乡镇制度，限制了多数的暴政，同时又让人们爱好自由并掌握获得自由的技艺；三是司法制度，制约了多数的冲动但又没有阻止其行动。见 Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York: Vintage Books, p. 299。

的无度提供最理想的制约，对自由提供最有效的保护。”[①] 并且，在联邦制社会里，独裁者企图在全国范围内攫取权力的难度要大得多，因为各邦或者地区并不必然服从联邦政府的命令，甚至拥有抵抗联邦的必要手段——比如各邦拥有自己的民兵组织等。因此，“在联邦主义昌盛的地方，极权主义不可能成功。”[②] 单一制则恰恰相反，其实质是中央集权和大一统，推行整齐划一和等级秩序，不利于保护个人的自由与权利。托克维尔发现，在奉行中央集权的社会里，中央政府试图控制一切，并根据统一的法令和政府塑造整个社会，导致地方精神和活力受到削弱。[③] 在这样的社会里，人们惯于消极服从和被动接受，失去了对公私事务自治的兴趣和能力，结果是，那里“也许存在臣民，但没有公民”[④]。

反对联邦制的最常见理由之一是，联邦制容易导致地方保护主义，甚至容易导致地方割据和国家分裂。这种看法貌似有理，其实经不起

---

① Lord Acton. 1988. *Essays in Religion, Politics, and Morality: Selected Writings of Lord Acton*, Vol. III. Ed. J. Rufus Fears. Indianapolis, IN: Liberty Fund, p. 558. 阿克顿勋爵甚至表示，在联邦主义的制度安排下，美国成为比世界上任何国家都“更加强大、更加繁荣、更加智慧、更加自由”的社会。见 Lord Acton. 1985. *Essays in the History of Liberty: Selected Writings of Lord Acton*, Vol. I. Ed. J. Rufus Fears. Indianapolis, IN: Liberty Fund, p. 197。

② McClellan, James. 2000. *Liberty, Order, and Justice: An Introduction to the Constitutional Principles of American Government*. 3rd ed. Indianapolis, IN: Liberty Fund, p. 319. 在贡斯当看来，为了避免中央集权的弊病，大国都应该实行某种形式的联邦主义。见 Constant, Benjamin. *Principles of Politics Applicable to All Governments*. Ed. Etienne Hofmann. Trans. Dennis O'Keeffe. Indianapolis, IN: Liberty Fund, p. 324。

③ Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York: Vintage Books, p. 87.

④ Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York: Vintage Books, p. 93.

推敲。在联邦制下，由于实行地方自治，地方的利益和诉求受到了应有的尊重，地方的离心倾向反而较弱，没有必要奉行地方保护主义。倘若每个地方的民众都能自主治理当地的公共事务，当地的法律和政策都是他们自己制定的，他们当然关心和卫护当地的利益。如果他们关心和卫护的当地利益不损害其他地方的利益和全国性利益，他们的行为就是正当的，根本不是地方保护主义。相反，如果他们关心和卫护的当地利益损害了其他地方的利益或者全国性利益，那他们的行为就是不正当的，就是应受指责的地方保护主义。其实，联邦制并不容易导致地方保护主义，因为联邦政府存在的目的正是为了防止地方追求不当利益，防止地方损害联邦范围的普遍利益。倘若一个地方的行为损害了其他地方的利益或者整个联邦的利益，联邦政府便可通过司法渠道予以制止。

联邦制不会导致分离主义，是因为它有效地维持了向心力和离心力的平衡。布赖斯曾指出："所有联邦制国家都必须解决的问题是，如何确保一个有效的中央政府及维持国家的统一，而又允许联邦成员有实践多样性的自由空间，可以自由行使权力。运用流行的天文学比喻——所有美国联邦宪法的赞颂者都不会错过，就是确保离心力和向心力的均衡，保证各行星邦不飞离轨道而进入太空，中央政府的太阳也不将其吸入毁灭性火焰。"[①] 他认为，美国联邦制的优点在于找到了解决这个问题的两个办法。一是将联邦政府直接建基于公民个人，确保

---

① Bryce, James. 1995. *The American Commonwealth*, Vol. I. Indianapolis, IN: Liberty Fund, pp. 315-316.

地方政府拥有广泛的权力；二是将联邦宪法凌驾于联邦政府和各邦政府之上，让独立的司法机关成为裁决联邦和各邦之间冲突的机构。[①]

其实，在很大程度上讲，更容易导致地方保护主义的不是联邦制而是单一制，因为单一制强调大一统和整齐划一，地方的利益和诉求得不到尊重，地方的离心倾向反而较强，地方保护主义和分离主义几乎不可避免。单一制不允许地方追求自己的利益，甚至不允许个人追求自己的利益，仿佛所有的利益都是国家利益，都是公共利益或者普遍利益。然而，正如贡斯当所言："这种思维建基于对普遍利益（general interest）的极其夸张的想法；除了所有个人利益之间的影响互动之外，普遍利益是什么？除了所有地方利益的代表之外，普遍代表是什么？普遍利益无疑不同于特别利益，但它并不与其抵触。流行的说法仿佛总是意味着，特别利益所失，正是普遍利益所得。普遍利益只是这些特别利益合并的结果。普遍利益不同于特别利益，只如身体不同于其组成部分一样。个人利益是个人最关心的利益。地方利益（sectional interests）——使用这个用来消灭它的术语——是地方最关心的利益。正是这些个人和地方构成了整个政治共同体。因此，这些个人的利益和地方的利益必须得到保护。如果所有的这些利益都得到保护，每一种利益中可能伤害其他利益的部分将被消除。只有这样，才能达至真正的公共利益。公共利益不过是阻止相互伤害的个人利益。"[②]将国家利

---

① Bryce, James. 1995. *The American Commonwealth*, Vol. I. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 316.

② Constant, Benjamin. *Principles of Politics Applicable to All Governments*. Ed. Etienne Hofmann. Trans. Dennis O'Keeffe. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 327.

益置于地方利益和个人利益之上的结果是，国家利益失去存在的基础，地方性的习俗、传统、法律等都被藐视甚至消灭，而它们正是人们幸福与安宁的来源。[①]

其实，联邦制恰恰会增强一个社会的凝聚力，尤其是在一个文化、民族等方面呈现出多样性的大国，因为它充分尊重各个地方的差异，充分尊重各种不同的文化、不同的传统、不同的宗教、不同的习俗等。在一个不同民族、文化、宗教群体的利益和诉求受到尊重的地方，它们没有分离出去的动力。相反，单一制和中央集权的大国表面上看起来统一在一起，实际上它缺乏内在的凝聚力和联合精神。如果一个大共同体的统一不与各个地方或者小共同体的利益、文化传统和风俗习惯等密切粘连在一起，那种统一不过是建立在沙土之上，没有坚实的根基。只有当大共同体的统一与每个人对地方的热爱紧密结合起来时，大共同体的联合才不是貌合神离的联合。对地方的热爱是一个人热爱大共同体的基础，人们对大共同体的热爱常常不过是对小共同体热爱的延伸，不尊重地方的利益和文化习俗，人们不会热爱大共同体，而只会把它视为威胁力量。人们热爱自己的家乡，是因为那里的利益、风俗、传统等都是真实的，是触手可及的，与自己的生活密切相关，他们不会热爱一个遥远的、冷漠的甚至与自己无关的抽象存在。[②]

并且，经验证据也表明，大多数联邦制国家并未面临分裂主义的

---

① Constant, Benjamin. *Principles of Politics Applicable to All Governments*. Ed. Etienne Hofmann. Trans. Dennis O'Keeffe. Indianapolis, IN: Liberty Fund, p. 327.

② Constant, Benjamin. *Principles of Politics Applicable to All Governments*. Ed. Etienne Hofmann. Trans. Dennis O'Keeffe. Indianapolis, IN: Liberty Fund, pp. 325-326.

危险，相反，那里的分离主义倾向较弱。美国、瑞士、澳大利亚、德国、奥地利、印度等联邦制国家，虽然大都是民族、种族、宗教等复杂多样的国家，但那里似乎没有强烈的分离主义。虽然加拿大的魁北克省一直试图脱离出联邦，但这种努力完全是在和平、理性的政治与司法框架下进行。而在许多单一制国家，分裂主义的活动却几乎从未停止过，而且还经常诉诸暴力和战争。无论从理论上讲，还是从经验上讲，都没有证据表明联邦制容易造成地方割据和国家分裂。相反，联邦制通过尊重多样性和地方自治，让具有不同民族、种族、宗教、文化和传统的人群和平地生活在一起，既保持各自的差异，又维系共同的利益，没有脱离联邦的激励机制和内在动力。

二 联邦主义与地方自治

联邦主义的实质是地方自治，即“对地方事务的控制留给地方”[①]，尤其是在一个人多地广、各地差异巨大的共同体内。联邦主义的好处之一是，避免遥控型政府的固有危险，将地方事务交给地方民众管理。地方民众不仅对当地事务有兴趣，而且有能力治理好它们。由地方民众负责地方事务，不仅不会牺牲秩序，而且还会培育和促进自由。[②]当人们能够根据地方的条件和特点，自主决定如何治理当地的公共事务时，他们能够最大限度地发挥自己的创造性和活力，也能制定出最适合当地的法律和政策。

自治（self-governance；self-rule），即自主治理，意味着个人或者共同体自行管理本人或者本共同体的私人或者公共事务。自治，是相对于“他治”而言的；后者意味着他人或者他共同体管理某个人或者

---

① Morley，Felix. 1959. *Freedom and Federalism*. Chicago：Henry Regnery Company，p. 4.

② Morley，Felix. 1959. *Freedom and Federalism*. Chicago：Henry Regnery Company，p. 4.

共同体的私人或者公共事务。一般而言，自治首先意味着个人的自治，即个人自主决定自己的私人事务，包括生活方式、理想目标、职业选择等。其次，自治意味着共同体的自治，即共同体的成员自主决定本共同体的公共事务。个人的自治，主要针对私人事务而言，而共同体的自治，则主要针对公共事务而言。只要不涉及他人利益，个人有权自主决定如何处理私人事务；只有在涉及他人利益时，个人的自主决定权才受到限制，个人才与他人一起自主治理公共事务。个人自治是共同体自治的前提和基础，没有个人自治，就不存在真正意义上的共同体自治。尽管如此，但从历史的角度来看，并不是个人自治得到了充分发展后才出现了共同体自治，在很大程度上讲，二者是同步发展、互相促进的，共同体自治为保护和促进个人自治起了重要的作用。

联邦主义的理念与制度安排，意味着构建一个自治与共治（shared rule）的社会，即个人对私人事务自主治理，并与他人对公共事务共同治理。在这样的社会里，基础与核心是个人自治，从个人自治扩展到小共同体的自治（诸如家庭、村庄、乡镇等），再扩展到大共同体的自治（诸如县市、省区、邦国等），每一个层面的共同体自治都是建立在自愿和契约的基础之上。这里讨论的“地方自治”，首先意味着，在地方共同体内，每个人对自己的私人事务都是自治的；其次意味着，本地的事务是由本共同体的成员共同自治——共治的；再次意味着，本地的事务不受其他或者更大共同体的干涉，除非涉及超越本共同体范围的利益。地方自治的核心在于，地方的事务由当地民众自主治理，涉及私人的事务交给个人，涉及地方以外的事务交给其他地方或者不

同的地方共同治理。

在谈到联邦主义和地方自治的原则时，贡斯当指出："公共事务的管理，属于每个人，即由众人设立的政府。只涉及少数人的事务，应当由该少数人决定。只涉及个人的事务，必须交给个人处理。值得反复强调的是，当公共意志超越其管辖权时，它不再比个人意志更有价值。"[①] 他举例说，一个两千万人的国家，分成若干个市镇。在每一个市镇，每个人都负责跟他自己有关的事务，并与市镇其他公民一起处理属于市镇的公共事务。这些市镇负责处理本市镇内部的事务，并与其他市镇一起处理涉及更大共同体直至整个社会的事务。每个市镇政府都负责制定涉及本市镇事务的法令，全国性政府负责制定涉及全国性事务的法令。前者呈现出的是多样性，后者才带有一定的普遍性。[②]

托克维尔在考察美国时的最大发现恐怕是，"在那里，社会为了其自身而自治"[③]。"人民统治着美国的政治世界，就像上帝主宰着宇宙一样。他们是所有事情的原因和目标；一切都源自他们，一切都归于他们。"[④] 从人民主权的原则出发，他精当地论述了个人与社会、个人自治与共同体自治之间的关系："在所有承认人民主权的国家，每个人都平

---

① Constant，Benjamin. *Principles of Politics Applicable to All Governments*. Ed. Etienne Hofmann. Trans. Dennis O'Keeffe. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 325.

② Constant，Benjamin. *Principles of Politics Applicable to All Governments*. Ed. Etienne Hofmann. Trans. Dennis O'Keeffe. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 325.

③ Tocqueville，Alexis de. 1990. *Democracy in America*，Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York：Vintage Books，p. 57.

④ Tocqueville，Alexis de. 1990. *Democracy in America*，Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York：Vintage Books，p. 58.

等地分享权力，平等地参与到国家治理中。那么，为什么他服从社会？并且，什么是这种服从的自然边界？每个人总是被假定为像其任何同胞公民一样明智达理、品德高尚且身心健全。他服从社会，不是因为他不如那些治理者或者因为他自治的能力不如任何其他人，而是因为他认识到与其同胞公民联合在一起的价值，以及他知道，没有规制的力量，这种联合不可能存在。在所有事关公民相互责任的事务中，他必须服从；在所有事关他自己的事务中，他是自由的，只对上帝负责。因此有箴言道，每一个人都是他自身利益的最佳和唯一判断者，社会没有权力控制一个人的行动，除非它们有害于公共利益或者公共利益需要他的帮助。”①

地方自治的关键是地方共同体的独立和自由。一方面，它必须独立于其他的共同体，尤其是更大范围的共同体，正如乡镇、县市等独立于省区或者邦国一样；这种独立意味着它可以全权处理本共同体的公共事务，不受任何外来干涉。另一方面，它必须具有自由的精神，不但尊重个体对私人事务的自由处理，而且允许每个人参与到公共事务的治理之中。托克维尔考察新英格兰的乡镇自治后发现：“在联邦的这个地方，政治生活起源于乡镇；几乎可以说，他们当中的每一个原

① Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York: Vintage Books, pp. 64-65. 孟德斯鸠曾说：“在一个自由社会里，每个自由人都应该是他自己的统治者……”“一个特定市镇的居民对它的需求和利益，比那些生活在别处的居民熟悉得多，比生活在其他地方的人更适合判断他们邻居的能力。”见 Montesquieu, Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one) Trans. Thomas Nugent. New York: Hafner Publishing Company, p. 154。

先都形成了一个独立王国。……他们不是从中央政府那里获得的权力，而是相反，他们将部分权力让渡给了邦。这是一个重要的区别，一个读者必须不断忆起的区别。乡镇一般只在那些我将称之为‘社会的’利益中服从邦，由于这些利益对所有其他地方而言是共同的。乡镇在所有只涉及它们自身的利益中是独立的；在新英格兰的居民中，我相信，找不到一个认为邦有权干预其乡镇事务的人。新英格兰的乡镇参与买卖，起诉和被诉，增加或者减少其预算，行政当局从不考虑干涉。”[①]“乡镇，就其作为一个整体及其与中央政府的关系而言，只是一个个人，像我刚刚描述的理论适用的任何其他人一样。因此，乡镇的独立在美国正是这个人民主权原则的自然结果。”[②]

他还指出：“新英格兰的居民热爱他的乡镇，是因为它独立而自由：他关心乡镇的利益，是因为他参与到乡镇事务中去；它对乡镇眷恋，是因为它为其提供幸福快乐；它的福祉是其抱负和未来努力的目标。他参与当地的每一件事情；他在力所能及的范围内实践治理的技艺；他习惯了那些并非只能通过革命促进自由的方法；他沉浸于它们的精神；他获得了对秩序的热爱，理解了权力制衡，对自己的义务性质和权利范围形成了明确可行的观念。”[③]托克维尔发现，一些欧洲人常

---

① Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York : Vintage Books, p. 65.

② Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York : Vintage Books, p. 65.

③ Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York : Vintage Books, p. 68.

常遗憾他们那里缺乏公共精神，然而，他们害怕乡镇变得独立和强大，担忧这种强大会导致国家走向无政府状态。问题是，没有地方组织的独立和强大，不可能产生公共精神，结果只能造就臣民，不会产生公民。①

地方自治的逻辑，在于知识的地方性特征。哈耶克发现，知识——尤其是那些具体事务的决策所需的知识——具有明显的分散性和地方性特征。这些知识是关于某些特定的人或事的信息，也就是哈耶克所说的“有关特定时空的知识”（knowledge of particular circumstances of time and place），即关于特定的人、当地的条件以及特别的情形等具体知识。这些具有地方性的知识，是分散在每个人手里的，所以恰当合理的决策必须由这些人做出，或者需要他们的积极配合。知识的分散性和地方性特点要求，决策的制度安排应是分散式或者分权式的，因为没有一个机构或者个人，能够掌握这些分散在无数个体手里的知识。据此，哈耶克指出，合理决策的制度架构应当是地方分权式的，而中央集权及其表现形式之一计划（命令）经济，无法创制出一个理性的秩序。②知识的地方性意味着，关涉局部利益的决策最好由地方来进行，地方自治是有效且公正的治理模式，因为地方的人们和机构更了解当

---

① Tocqueville，Alexis de. 1990. *Democracy in America*，Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York：Vintage Books，pp. 66–67. 布赖斯说：“在同等的情况下，赋予国家的组成单位——无论其大小——权力越多，赋予整个国家及其中央政府的权力越少，组成人民的单个人的自由就越充分、精力就越充沛。”见 Bryce，James. 1995. *The American Commonwealth*，Vol. I. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 312。

② Hayek，F. A. 1945. “The Use of Knowledge in Society,” *American Economic Review* 35(4)：519–530.

地的政治、经济和社会条件，更了解当地民众的利益和诉求。

对于建立一个宪政民主政体而言，地方自治的好处甚多。首先，地方自治是自由的摇篮，是人们实践并习得自由的初级课堂。对于这一点，没人比托克维尔认识更加深刻了。他指出：“乡镇集会之于自由，就像小学之于知识一样；它们将自由带到了人们的身边，并教他们如何享用。一个国家也许可以确立一个自由的政府，但是，没有乡镇自治，它不可能具有自由的精神。”① 在批判中央集权的同时，托克维尔反复强调地方自治的重要性。他说：“我相信，地方自治对于所有的国家都是有益的，但是，在我看来，在民主国家中，它们是最必需的。”② 这位法国贵族还发现，在美国和英国，人们用各种各样的理由来指责国家的罪恶，但是，没有人提到过地方制度；人们将国家的力量与繁荣归因于众多的理由，但他们都将地方制度的好处摆在第一位。③ 他还说，只有那些没有地方自由的国家反对地方自由的重要性，因为它们对地方自由的益处一无所知。④

在托克维尔看来，政治单位规模越小，自由越容易得到维系和保障。他反复强调：“小国总是政治自由的摇篮；它们当中的许多变成大

---

① Tocqueville，Alexis de. 1990. *Democracy in America*，Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York：Vintage Books，p. 61.

② Tocqueville，Alexis de. 1990. *Democracy in America*，Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York：Vintage Books，p. 95.

③ Tocqueville，Alexis de. 1990. *Democracy in America*，Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York：Vintage Books，p. 96.

④ Tocqueville，Alexis de. 1990. *Democracy in America*，Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York：Vintage Books，p. 97.

国之后失去其自由的事实表明，它们的自由是其规模较小而不是民族特性的结果。”[①] “小国经常处境悲惨，不是因为它们小，而是因为他们弱；大国繁荣昌盛，不是因为它们大，而是因为它们强。”[②] 尽管一个大共和国未必总是会失去自由，但是它“将总是比一个小共和国暴露出更多危险。”[③] 对此，他提供的理由是：“所有对共和制度最致命的激情随着地域的增大而增加，然而，有利于共和制度的美德却不是以同样的比例增加。平民百姓的野心随着国家的力量而增加；党派的力量随着其视野范围内目标的重要性而增加；但是，对故土的热爱——应该具有制约这些破坏性力量的作用，在一个大共和国中并不比一个小共和国更加强烈。其实，也许可以很容易证明，它更加脆弱，更加落后。巨大的财富和极端的贫困、规模很大的都会城市、放纵的道德、自私以及利益之间的冲突，是几乎不变地源自大国的危险。……但是，一个共和政府拥有的对抗这些罪恶的唯一保障在于多数的支持。然而，这种支持不会在一个大共和国——与一个小共和国相比——成比例地增加；因此，虽然攻击的手段既在数量上也在影响上永久地增加，抵抗的力量保持不变；或者，也许更准确地说，它还减小，因为随着人口的增加人们的偏好和利益更加多样化，形成一个目标集中多数的困

---

① Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York : Vintage Books, p. 160.

② Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York : Vintage Books, p. 162.

③ Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York : Vintage Books, p. 161.

难也不断增加。……在大共和国里，政治激情变得不可抵抗，不仅因为它们瞄准巨大的对象，而且因为数百万人同时感受到并分享它们。"①因此，"巨大的帝国是最不利于人们的福祉和自由的"②。

在很大程度上讲，托克维尔的看法既带有古典特征——小共和国更加自由，又认同现代的解决方案——通过联邦主义和地方自治消除大共和国对自由的威胁。他对美国自治精神的高度评价，得到其同时代人约翰·密尔的支持，他们都对中央集权和官僚统治批判有加。密尔在《论自由》中说："法国人在军事事务中擅长的东西，正是美国人在每一种公共事务中擅长的；如果他们没有政府，每一群美国人都能很快设计一个，并且用足够的智慧、秩序和决断来处理该事务或者任何其他公共事务。凡是自由的人民都应如此；凡是具有此种能力的人民必定自由；它决不会让任何人或者任何群体因其能够操控中央政府而奴役自己。任何官僚机构都无法让这样的人民从事或者经受任何他们不喜欢的事情。但是，在所有事情都通过官僚机构完成的地方，对官僚机构不利的事情一点儿也做不了。这种国家的政制是将全国的经验和实践能力组织成一个为统治其余的人而守纪律的群体；这个组织

① Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York : Vintage Books, pp. 161-162.

② Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York : Vintage Books, p. 162. 布赖斯认为，地方自治更加适合 1787 年而非 20 世纪之后的美国各邦，因为那时的各邦人口较少，人们对地方事务了解更多，也更加关心地方事务的治理。而到了 20 世纪，各邦人口大增，每个公民的参与在本邦的事务中变得微不足道，对本邦政治家的了解也十分有限。所以，他认为，美国要想享用地方自治的好处，随着人口的增加，应该把现有的邦切割为更多的邦。见 Bryce, James. 1995. *The American Commonwealth*, Vol. I. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 314。

的自身越是完善，就越成功地将社会各阶层中最有能力的人吸引到它的身边并为其自身教导这些人，就越彻底地束缚所有的人，包括官僚机构的成员。因为统治者成为他们的组织和纪律的奴隶，正如被统治者成为统治者的奴隶一样。”①

其次，地方自治是共和精神的源泉，让人们学会合作，关心公共事务，成为合格的公民。布赖斯发现，民治政体（popular government）最早就发源于小地方——乡村或者微型市镇，其实质就是一群自由人聚在一起讨论公共事务。这种自治实践让人们学会了珍惜自由精神，并养成了为共同目的而合作的习惯，包括共同御敌、解决成员间的纷争以及管理共有土地等。②地方自治不是新生事物，而是“人们政治本能的最早表达”③。在谈到瑞士的地方自治传统时，布赖斯评论道：“在瑞士，地方自治是一个极为重要的因素，不但因为它是行政组织的基础，而且因为人民从中获得的训练是其共和制度成功的主要原因。在欧洲，没有任何地方如此充分地将公共事务留在人民手里。瑞士人自己非常注重地方自治，把它当作在公共事务中教育公民的手段，培育公民的责任感，使政府行动有益于共同体，同时又不牺牲地方创新或

---

① Mill，John Stuart. 1956. *On Liberty*. Ed. Currin V. Shields. Indianapolis，IN：Bobbs-Merrill Company，p. 137.

② Bryce，James. 1921. *Modern Democracies*，Vol. I. New York：Macmillan Company，p. 129. 托克维尔曾说：“村庄或者乡镇是唯一完全天然的组织，凡是有一群人生存的地方，村镇似乎自然形成。”“乡镇存在于所有的国家，无论其法律和习惯如何，人构建了君主国和共和国，但乡镇似乎直接出自上帝之手。”见 Tocqueville，Alexis de. 1990. *Democracy in America*，Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York：Vintage Books，p. 60。

③ Bryce，James. 1921. *Modern Democracies*，Vol. I. New York：Macmillan Company，p. 131.

者让中央政府的行动太过强大及渗透太深。”①

深谙美国共和之道的托克维尔指出：“无可争议的是，美国共和政体的偏好和习性首先形成于乡镇和各邦的集会中。在一个小邦，诸如康涅狄格，开凿一条运河或者修建一条道路，都是一个重大的政治问题，那里无需供养军队，无需从事战争，统治者不可能获得大量的财富或者荣耀，没有比共和政体更加自然或者适当的政府形式了。然而，正是这同样的共和精神，正是在各邦得以形成和发育的自由人民的这些言行和习惯，必定在之后扩展至整个国家。可以说，联邦的公共精神不过是各邦爱国热情的一种聚集或者综合。可以说，美国的每一位公民将对其小共和国的情感转化为美国爱国主义的共同储备。在捍卫联邦时，他捍卫的是他自己的邦或者县的逐步繁荣、自主治理地方事务的权利以及采纳改进措施的希望——这或许有利于他自己的利益；这些是比国家的普遍利益和荣耀更能激发人们情感的动机。”②

地方自治有助于人们学会合作，养育公民的合作精神。地方公共事务的治理，离不开人们的共同参与和集体行动。而这要求他们克服“搭便车”的心理和行为，走出囚徒困境，学会相互配合，学会通力合

① Bryce, James. 1995. *The American Commonwealth*, Vol. I. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 335.

② Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York : Vintage Books, p. 164.

作，学会尊重他人，学会对自己的行为负责。[①]人们只有在小共同体学会了合作，成功地组织了集体行动，才可能在大共同体中掌握合作之道，才可能完成更大规模的集体行动。在与其他人一起治理地方公共事务的过程中，人们逐步懂得通情达理，学会与他人和平共处，习得判断是非的能力，学会让步与妥协，掌握判断他人的标准等。当各种职业、各个阶层的人们都能参与到地方事务中时，他们会感受到自己是地方事务的真正主人，他们应当对自己的行为负责。当人们学会在地方事务中担负起自己的责任时，他们自然也能在全国性事务中对自己的行为负责。[②]

地方自治的实践，让人们对公共事务具有关切之情，担负起监督公共事务得以良好管理的责任。在一个大的共和国里，人们对那些不是直接影响自己利益的事情往往漠不关心。但是，“任何在村庄事务中习得公共精神、积极参与且具公正之心的人，都掌握了一个大国公民应尽义务的第一课，正像这个俗语的反面：‘一个在小事上不尽职的人，在大事上也不会尽职。’”[③]一个学会关心村庄或者乡镇公共事务的人，才可能关心整个省市或者邦国的公共事务；一个在小事上尽心尽力的人，才可能在大事上尽职尽责。毋庸置疑，“自治激发人们对地方事务

---

① Ostrom, Elinor. 1990. *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. New York: Cambridge University Press; Poteete, Amy R., Marco A. Janssen, and Elinor Ostrom. 2010. *Working Together: Collective Action, the Commons, and Multiple Methods in Practice*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

② Bryce, James. 1921. *Modern Democracies*, Vol. I. New York: Macmillan Company, pp. 132–133.

③ Bryce, James. 1921. *Modern Democracies*, Vol. I. New York: Macmillan Company, p. 132.

的兴趣，维系地方政治生活，教育公民承担日常公民义务，使他认识到，恒久的警觉及其时间与劳动的牺牲是确保个人自由和集体繁荣必须付出的代价。”[①] 并且，“通过赋予每一个地方的居民以适当的手段监督其事务的处理，自治确保地方事务的良好治理。”[②]

托克维尔发现，在美国，“为什么每个人都对其乡镇、郡县以及整个邦事务的热情关心像关心自己的事务一样？因为每个人都积极参与到社会治理之中。”[③] 他甚至认为，让人们对国家福祉感兴趣的最强有力甚至唯一手段就是，让他们参与到公共事务中，让他们成为社会治理的主人。当他们可以分享社会治理的权利，当他们成为政府的主人或者本身就是政府时，他们对公共事务的热爱才是真挚的，才是发自内心的。[④] 在一个大国，地方自治有助于削弱首都的中心位置，造就无数个具有多样性的中心，每一个都珍视自己的传统，每一个都成为思想的源泉，那里的人们热爱自己的家乡、市镇和地区，对自己生活的地方感到自豪，逐步养成优良的道德风尚。[⑤]

---

① Bryce, James. 1995. *The American Commonwealth*, Vol. I. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 311.

② Bryce, James. 1995. *The American Commonwealth*, Vol. I. Indianapolis, IN : Liberty Fund, pp. 311–312.

③ Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York : Vintage Books, p. 243.

④ Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York : Vintage Books, pp. 243–244.

⑤ Constant, Benjamin. *Principles of Politics Applicable to All Governments*. Ed. Etienne Hofmann. Trans. Dennis O'Keeffe. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 325 ; Bryce, James. 1921. *Modern Democracies*, Vol. II. New York : Macmillan Company, p. 437.

再次，地方自治有助于将现代民主化为现实。尽管现代民主是代议制民主，但民众的任务并非只是投票或者选举，而是通过各种方式参与到公共事务的治理之中，尤其是在地方。民主意味着人们自治，而不是国家、政府、政党或者官员统治。只有当人们以某种方式参与到公共事务的日常治理中时，民主才能名副其实，才不至沦为一些人对另一些人的统治。现代民主的弊病之一是，公共事务的决策远离民众，只有在投票选举时民众才出场，日常的治理几乎垄断在选举产生的代表或者官僚群体手里，尤其是在一个大国中。因此，“除非存在对公民而言规模不是太大的政治单位，使其能够理解或者参与其中，‘民主’不过是个空洞的词汇。真正的民主要求大量的人们参与公共事务，由来自地方社区并对其负责的代表进行治理。当人们被来自他们自己社区的代表——与他们有着共同的价值、习俗、民情且便于为询问、建议和帮助而接近——治理时，人们才享有一种个人安全感。控制一个生活在社区中的当地人，比控制一个居住在遥远城市中的陌生人，要容易得多。”①

对于一个大国而言，民主的实践必须依赖地方自治，让民众参与到地方政治和决策过程中去，而不只是参加几年一次的投票表决。“民主，在人们情同手足的社会意义上，只能在地方群体中得以维持，正如亚里士多德所言。”② 毋庸置疑，“民主的最好学校及其成功的最佳保

---

① McClellan，James. 2000. *Liberty，Order，and Justice：An Introduction to the Constitutional Principles of American Government*. 3rd ed. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 316.

② Morley，Felix. 1959. *Freedom and Federalism*. Chicago：Henry Regnery Company，p. 240.

证，是地方自治的实践。”[①] 瑞士历史学家加塞尔（Adolf Gasser）甚至认为，只有实行联邦制且市镇自治具有法律保障的民主国家，才可能获得成功。那些失败的民主政体不是因为外部的原因，而是因为内部的原因，主要是缺乏地方自治；而那些具有悠久地方自治传统的国家，不仅能够抵制历史上的绝对主义，而且能够阻遏左、右翼的极权主义。[②]

此外，地方自治有助于缓和或者削弱多数的暴政。托克维尔认为，在民主社会里，地方自治尤其重要，因为民主赋予多数的合法性容易导致其意志不受制约，导致其侵害少数的权利，而地方自治是分化或者约束多数意志的一种重要手段。他说：“乡镇、市级组织以及县，形成了如此众多隐而不见的防波堤，遏制或者分流了大众决定（popular determination）的浪潮。如果一个压迫性的法律颁布了，自由仍可通过执行该法律的模式获得保护；多数不可能下潜触及细节，转向也许可称为行政专制（administrative tyranny）的愚蠢之举。”[③] 在他看来，美国的乡镇自治，“限制了多数的暴政，同时又让人们爱好自由并掌握获得自由的技艺”[④]。如果美国奉行中央集权，那么，“一种更加难以容忍的暴政将会出现，胜过欧洲的任何绝对君主国，或者，甚至胜过亚洲这

---

① Bryce，James. 1921. *Modern Democracies*，Vol. I. New York：Macmillan Company，p. 133.

② Gasser，Adolf. 1947. *Gemeindefreiheit als Rettung Europas* (*The Freedom of Local Communities as the Salvation of Europe*). Basel. 转引自 Nef，Robert. 2004. *In Praise of Non-Centralism*. Trans. Ritu Khanna. Berlin：Liberal Verlag GmbH，p. 71。

③ Tocqueville，Alexis de. 1990. *Democracy in America*，Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York：Vintage Books，p. 272.

④ Tocqueville，Alexis de. 1990. *Democracy in America*，Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York：Vintage Books，p. 299.

边的任何政体。”[①]“自由不久将从这个新世界消失。”[②]

地方自治与近现代意义上宪政的起源与发展密切相关，或者，更加准确地说，近现代意义上的宪政起源于地方自治和地方自由。尽管今天人们习惯于将宪政与民族国家联系在一起，但宪政的试验肇始于地方和小共同体，尤其是城市和乡镇。法律家伯尔曼（Harold J. Berman）指出：“‘宪政’一词创始于18世纪晚期或者19世纪早期，主要用来指美国的成文宪法高于制定法的原理。然而，在这个词的完整意义上，现代宪政的实际存在却首先出现于11世纪及12世纪西欧的城市法律制度中。”[③]在很大程度上讲，近现代意义上的宪政，植根于中世纪欧洲的封建主义（feudalism）传统。[④]在这种传统中，领主和领臣之间，是一种以权利义务为核心的契约关系，领主和领臣各享有一定的权利和履行一定的义务，双方都应遵守各自的承诺，不应该要求对方履行契约以外的义务。这在很大程度上是对领主提出过分要求的限制，领主的权力（包括国王的权力），不是无限的和任意的，而是受到契约的约束，并且，当领主僭越权力和滥用权力时，封建法甚至承认领臣有起而反抗的权利。这种契约传统，逐渐演生出了限制权力和

---

① Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York : Vintage Books, p. 272.

② Tocqueville, Alexis de. 1990. *Democracy in America*, Vol. 1. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York : Vintage Books, p. 271.

③ Berman, Harold J. 1983. *Law and Revolution : The Formation of Western Legal Tradition*. Cambridge, MA : Harvard University Press, pp. 395–396.

④ Downing, Brian M. 1989. “Medieval Origins of Constitutional Government in the West” ,*Theory and Society* 18(2) : 213–247.

有限政府的思想，契约也就成了“宪法”的原型。1215年英格兰《大宪章》，就是贵族限制王权的一个著名例子。当时的25个贵族认为，约翰王穷兵黩武，滥权苛税，违反了领主（国王）和领臣（贵族）之间的契约，遂谋划兴兵，迫使约翰王立下誓约。[①]

在中世纪的欧洲，由于国王没有至高无上和绝对的权力，以贵族和骑士为首的地方当局和地方社会享有高度的自治权。这种地方自治的典型体现是，中世纪的欧洲兴起了数千个大大小小的城市和城镇，许多市镇都从国王和领主那里争取到了特许状（charter），它们是确保市镇自治的重要文件，规定了市镇政府的组织结构以及市民的基本权利和自由，实际上就是市镇的宪法，也是最早的近代成文宪法，具有近现代宪政的一些基本特征。其中包括一定的分权制衡，而且行政官员通常由市民选举产生。[②] 法国历史学家基佐曾指出：“由低级人员选择高级人员，由人民选择行政官员，这是近代自治城镇组织的主要特征。”[③] 城市选举和任命自己的官员以及由此控制自己的政务，意味着城

---

① Adams, George Burton. 1908. "The Origins of the English Constitution", *American Historical Review* 13(2): 229-245.

② ［法］基佐:《欧洲文明史》，程洪逵、沅芷译，商务印书馆2005年版，第141页；Reynolds, Susan. 1977. *An Introduction to the History of English Medieval Towns*. Oxford: Clarendon Press, p. 91；［比利时］亨利·皮雷纳:《中世纪的城市》，陈国樑译，商务印书馆2006年版，第120页；Berman, Harold J. 1983. *Law and Revolution: The Formation of Western Legal Tradition*. Cambridge, MA: Harvard University Press, p. 396；［美］汤普逊:《中世纪经济社会史（300—1300）》下卷，耿淡如译，商务印书馆1963年版，第426页。。

③ ［法］基佐:《法国文明史》第四卷，沅芷、伊信译，商务印书馆1998年版，第52页。

市自由和地方自治的实质性进步。[1]

在司法方面，大多市镇也同样获得了高度的自治权，设立了自己的法庭，由市民参与选任法官。甚至在一些自治市里，只有这样的法庭，才有资格对本市的市民进行审判。[2] 实际上，城市的自治在很大程度上是通过拥有自己的法庭而实现的。[3] 事实上，“几乎在任何城市特许状中都不会没有这样一项条款：市民阶级只能受他们自己的地方长官审判。因此地方长官必须从市民阶级中选任。”[4] 同时，在中世纪的城市法庭里，审判程序变得逐步理性化和合理化。传统的法律程序拘泥形式，审理过程冗长拖拉。为了适应商业和贸易的需要，市民们创立了更灵活的法律程序和更迅捷的裁判方式。[5] 城市法庭抛弃了传统的神明裁判和司法决斗，抛弃了依靠偶然性的证明方法，越来越重视程序和证据的作用。为了维护审判的公正性，许多城市都确立了某种形式的陪审制度，市民或者同僚可以参与到审判过程中去。[6]

---

① Reynolds, Susan. 1977. *An Introduction to the History of English Medieval Towns*. Oxford : Clarendon Press, p. 102.

② Maitland, F. W. 1965. *The Constitutional History of England*. New York : Cambridge University Press, p. 52.[比利时] 亨利 · 皮朗:《中世纪欧洲经济社会史》，上海人民出版社 1964 年版，第 48 页。顺便指出，也有学者将“亨利 · 皮朗”译为“亨利 · 皮雷纳”，系同一个人，即比利时历史学家 Henri Pirenne。

③ Reynolds, Susan. 1977. *An Introduction to the History of English Medieval Towns*. Oxford : Clarendon Press, p. 119.

④ [比利时] 亨利 · 皮雷纳:《中世纪的城市》，陈国樑译，商务印书馆 2006 年版，第 128 页。

⑤ [比利时] 亨利 · 皮朗:《中世纪欧洲经济社会史》，上海人民出版社 1964 年版，第 47 页；Reynolds, Susan. 1977. *An Introduction to the History of English Medieval Towns*. Oxford : Clarendon Press, p. 126。

⑥ Berman, Harold J. 1983. *Law and Revolution : The Formation of Western Legal Tradition*. Cambridge, MA : Harvard University Press, p. 396.

更重要的是，中世纪的城市特许状大都详尽地规定了市民的基本权利和自由，类似于近现代宪法中的“权利法案”（bill of rights）。比如，城市特许状普遍承认和保护市民的人身自由，以确保他们从事商业和贸易。[①] 自由的身份是市民必要和普遍的属性，城市成了自由的象征。实际上，“农奴身份的一切痕迹在城市的墙垣之内消失。尽管财富的多寡造成人与人之间的差别甚至鲜明的对比，然而在身份方面人人都是平等的。德意志的谚语说：‘城市的空气使人自由’（Die Stadtluft macht frei），这条真理适合于所有的地方。从前自由为贵族所垄断；普通的人只在例外的情况下才享有自由。由于城市，自由恢复了它在社会中作为公民的天赋属性的地位。从此以后只要居住在城市的土地上就可以获得自由。每个在城墙内住满一年零一天的农奴，就确定无疑地享有了自由。时效取消了他的领主对他本人和他的财产所拥有的一切权利。出身如何无关紧要。无论婴儿在摇篮之中带着什么烙印，这种烙印在城市的空气中消失。自由在开始时仅为商人在**事实上**所享有，而现在则成为全体市民**依法**享有的共同权利。”[②] 自由，在中世纪是与一个城市的公民资格不可分割的属性；市民和自由民事实上成为同义词。[③]

中世纪的城市特许状也承认并保护市民的财产权利和自由，尤其是土地自由。由于城市是商业活动和商人聚居的地方，商人们需要自

---

① ［比利时］亨利·皮朗：《中世纪欧洲经济社会史》，上海人民出版社1964年版，第46页。

② ［比利时］亨利·皮雷纳：《中世纪的城市》，陈国樑译，商务印书馆2006年版，第122页。强调为原文所有。

③ ［比利时］亨利·皮雷纳：《中世纪的城市》，陈国樑译，商务印书馆2006年版，第123页。

由地买卖和抵押土地，以获得贸易活动所需的资本。城市里土地的性质悄悄地发生了改变，大片土地上建起了房屋和商业场所，久而久之，城市的土地就成为自由的土地，土地可以被自由地遗赠、让与、出租和抵押。尽管旧有的领主仍然保留所领有的土地，除非有人赎买，但自由租地者已不再对他们有人身依附。[①] 许多城市特许状的颁布都与税收有关，因此其中的规定往往对国王或者贵族的征税权有所限制，以保护市民的财产权。譬如，伦敦市 1130 年的特许状规定："所有伦敦之人及其所有货物均得享自由，在英格兰全境一切地方与港口一律免征任何过境捐税……以及所有其他费用。"[②] 此外，市民们还享有持有武器的权利，享有参与市政管理和投票的权利，享有法律面前人人平等的权利等。[③] 在很大程度上讲，城市特许状就是市民自由和权利的宣言书，诚如皮雷纳所言："市民阶级之所以在几个世纪中以特别关切的心情守护着这些特许状，藏诸保险柜加上三道锁，而且以一种近乎迷信的尊敬对待它们，那是因为特许状是他们自由的保护神，如果出现违反的情况，特许状可以为他们的反叛辩护……"[④]

大约自 11 世纪起，拥有高度自治权和自由的市镇在欧洲存在和繁荣了几百年，尽管它们在各地的持续时间差别很大。譬如，在法国，

---

① ［比利时］亨利 · 皮雷纳:《中世纪的城市》，陈国樑译，商务印书馆 2006 年版，第 123—124 页。

② ［美］泰格、李维:《法律与资本主义的兴起》，纪琨译，刘锋校，学林出版社 1996 年版，第 87 页。

③ Berman，Harold J. 1983. *Law and Revolution : The Formation of Western Legal Tradition*. Cambridge，MA : Harvard University Press，p. 396.

④ ［比利时］亨利 · 皮雷纳:《中世纪的城市》，陈国樑译，商务印书馆 2006 年版，第 121 页。

"城市自由在封建制度崩溃后依然存在。当领主已不再治理乡村时，城市仍保持自治权。直到 17 世纪末，还能遇到这种自治城市，它们继续组成一个个小型民主共和国，行政官由全体人民自由选举，对全体人民负责，公共生活活跃，城市为自己的权利感到自豪，对自己的独立无比珍惜。"[①]毋庸置疑，欧洲的地方自治和城市自由为宪政的起源和发展贡献甚巨。实际上，美国的宪政也同样发轫于地方，发轫于地方自治和地方自由，尽管人们常常误以为它是 1787 年联邦宪法的产物。17 世纪初，当清教徒为了逃避宗教迫害而开赴美国时，他们将欧洲的地方自治观念带到了那里，并在那里践行之。殖民者在人们同意和协商的基础上建立有限政府，确立地方自治制度，以保护自己及后代的权利和自由。[②]

他们制定的最早的宪法文件之一是 1620 年的《"五月花号"公约》（*Mayflower Compact*），旨在创立一个自治共同体。它规定："我们这些签署者在上帝面前共同庄严地宣誓立约，自愿结成一个自治的政治共同体（Civil Body Politick）。为了确保良好的秩序以及我们自身的延续，为了实现上述目的，我们保证遵守和服从将来不时以此而制定颁布的对本殖民地的公共福祉最合适、最便利的公正而平等的法律、法

① ［法］托克维尔：《旧制度与大革命》，冯棠译，桂裕芳、张芝联校，商务印书馆 1992 年版，第 83 页。

② Greene, Jack P. 1994. *Negotiated Authorities: Essays in Colonial Political and Constitutional History*. Charlottesville, VA: University Press of Virginia, p.32–33.

规、条令、宪章，并任命合适的行政官员。”① 后来，殖民地民众又制定了大量的地方性宪法文件，实践地方自治，诸如 1639 年《康涅狄格基本法》(*The Fundamental Orders of Connecticut*)、1641 年《马萨诸塞自由宪章》(*Massachusetts Body of Liberties*)、1683 年《纽约自由与权利宪章》(*New York Charter of Liberties and Privileges*)、1701 年《宾夕法尼亚自由宪章》(*Pennsylvania Charter of Liberties*) 等。在每一个殖民地，乡镇都享有高度的地方自治，当地民众选举立法机关，设立自己的法庭等。② 殖民地获得独立之后，各邦都制定了自己的宪法。这些邦宪对联邦宪法的制定产生了巨大影响，联邦宪法中的三权分立、两院制、司法独立等规定大都模仿了这些邦宪。美国历史学家伍德(Gordon S. Wood)曾指出，1787 年的联邦宪法在很大程度上是此前十年间各邦宪法的直接产物。③ 可见，美国宪政在很大程度上并非始自 1787 年的联邦宪法，而是源于殖民地时代和独立时期的地方立宪试验和宪政实践，源于深厚的地方自治传统。

---

① Lutz, Donald S. Ed. 1998. *Colonial Origins of the American Constitution : A Documentary History.* Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 32.

② Dutcher, George M. 1940. “The Rise of Republican Government in the United States,” *Political Science Quarterly* 55(2) : 199–216, pp. 201–202.

③ Wood, Gordon S. 1993. “State Constitution-Making in the American Revolution” ,24 *Rutgers L. J.* 911.

三 联邦主义与多中心秩序

从根本上讲，联邦主义的理念远远超越了政府单位之间的权力关系，其核心在于打破单中心的（mono-centric）治理模式，确立多中心的（polycentric）治理体制，构建一个真正自治的社会。① 在这样的社会里，一方面，人们通过确立作为“圣约”的宪法来约束政府的权力和保障个人的自由；另一方面，人们掌握自组织（self-organization）的技艺并自主治理公私事务。这不仅要求在一个社会中存在众多的政府单位，而且要求在政府架构之外存在众多的组织和个人，存在众多的决策中心。联邦主义的精神与此相符，它不相信个人或者政府，无论它是一个“圣人”还是一个“民选政府”，相反，它相信众多的个人或组织自主治理和共同治理；它不相信任何个人或者政府是一个社

① Ostrom，Vincent. 1991. *The Meaning of American Federalism：Constituting a Self-governing Society*. San Francisco，CA：ICS Press；1999. “Polycentricity (Part 1 &2)”. In *Polycentricity and Local Public Economies：Readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis*，ed. Michael D. McGinnis，52-74，119-138. Ann Arbor，MI：University of Michigan Press.

会的单个中心，相反，它相信每一个个人和组织都是中心，都是他们自己的中心。从这个意义上讲，联邦主义的核心在于建立一种多中心秩序。

“多中心”（polycentricity）一词及其传递的观念，较早出现在科学家和哲学家博拉尼（Michael Polanyi）1940 年代发表的论文中。他发现，人类社会中一些复杂的任务，需要多个决策者的相互调整或者合作才能完成。这样的任务大致可以分为三类：一类是可精确计算或者形式化的（formalizable）；另一类是无法计算或者形式化的（not formalizable）；第三类介于二者之间，可以称为理论上可计算或者形式化的（theoretically formalizable）。尽管一些相对简单的多中心任务可以通过计算（诸如某种工程设计等）的方式得以解决——同时考虑到所有的条件，但是，“无论计算方法的改进可以扩展的范围有多大，总是在该范围之外存在大量较为复杂的多中心任务，只能通过从一个中心到另一个中心的大概估计获得解决。这种方法可通过使用一个由单独计算者组成的团队——每人负责一个中心——得以有效组织和加速。因此，处理一个多中心任务的适当方法不是在一个中心收集起全部数据并加总计算。更加有力和准确的方式是，一次解决涉及一个中心的问题，同时对该问题作为一个整体设定的所有其他条件——那些将要完成的绝大多数关系——予以忽略。正是一个由单独计算者——每个计算者将其兴趣局限于他负责的单个中心——组成的团队的‘无计划’（unplanned）行动，看起来获得了已确认的科学实践的权威之

支持。”[1]

博拉尼发现，在市场交易、学术研究以及司法活动等领域，人们面临着一种复杂的多中心任务，要求无数决策者之间的相互调整与自发合作，提供一种多中心的解决方案，而非依赖中央计划或者命令。譬如，在市场上，无数交易者根据供需关系和价格信号自发调整自己的决策，一种“看不见的手”在悄悄地发挥作用，引导着人们采取相应的行动，经济秩序由此形成。相反，如果由中央政府根据计划决定生产和需求，则会面临“知识的地方性”困境，中央政府无法知道每个个体的偏好和信息，因此计划必然扭曲社会中的供需关系。同样，在学术研究领域，每个学者根据自己的兴趣确定研究方向和研究问题，并根据其他学者的研究进展或者发现不断调整自己的研究，且研究成果要接受学术共同体的检验。这意味着，众多学者分别在研究什么以及如何进行研究等问题上做出决策，并与他人进行自发的协调与合作。相反，如果学术研究统一根据中央计划进行，那么，学者将无法自发调整自己的研究方向或者问题，哪怕其他学者——包括国外的学者——已经就某个学术问题得出了令人信服的结论，他们也被迫根据统一的计划或者命令进行毫无意义的研究，甚至为了完成任务或者追求某种利益，有可能像前苏联的学者一样不惜造假。还有，司法领域的决策也带有多中心性。在一个司法独立的社会里，每个法官都根据自己对法律和正义的理解进行裁判，同时参考先例以及其他法官的

---

① Polanyi, Michael. 1998. *The Logic of Liberty: Reflections and Rejoinders*. London: Routledge, pp. 180–181.

裁决，且在判决中对自己撰写或者同意的判词署名并负责。这意味着，司法活动的基本特点是众多法官根据法律和先例独立进行决策，并与其他同行进行自发的协调与合作。相反，如果司法活动统一服从中央命令，不仅破坏司法独立，而且法官必然忽略个案之间的差别，无法进行与同行的自发合作，结果必然是牺牲司法公正。其实，哪怕法官不是服从中央的命令，只是服从其所在法院的统一指示，司法独立和公正也将荡然无存。这些例子表明，对于复杂的多中心任务的完成，应当依赖无数个体自发的协调与合作，依赖多中心的决策模式，而非依赖单中心的中央命令或者计划。[①]

在 20 世纪 50 年代末 60 年代初，法律家富勒（Lon L. Fuller）借用了博拉尼的多中心概念分析了司法裁判的局限性。他没有用它讨论法官的裁决过程，富勒提出的命题是，一些纠纷或者冲突中呈现出多中心的难题，致使其难以通过司法裁判的渠道解决。[②] 他举了几个例子来说明多中心问题对司法过程提出的挑战。譬如，一位纽约的富翁留有遗嘱表示，将价值不菲的一批油画遗赠给大都会博物馆和国家画廊，但未在遗嘱中注明两方各获得哪些油画，只是笼统地提出让它们平分。两家受赠者就油画之分配提起诉讼，法官该如何裁决？这里的多中心难题在于，每一幅油画的处理都将影响每一幅其他油画的适当处理。如果讨论适当的分配方式，那么，不存在能够通过证据证明的

① Polanyi，Michael. 1998. *The Logic of Liberty：Reflections and Rejoinders*. London：Routledge，pp. 160–165.

② Fuller，Lon L. 1978. "The Forms and Limits of Adjudication"，*Harvard Law Review* 92(2)：353–409，pp. 394–404.

争点。任何审理此案的法官都难免充当一个调解员，或是采纳经典的解决方案——让兄长分割，让弟弟选择。另一个例子是，让法院决定价格或者工资。且不论法院难以跟得上千变万化的经济走势，更重要的是，司法裁判难以考虑到任何价格或者工资变化所产生的复杂后果。一种产品价格的变化可能影响到数十种其他产品价格的变化，法院无法做出适当的裁判。富勒说，这种多中心难题就像一张蜘蛛网，拉一根线就会导致整个网络出现一种复杂的张力模式，拉两下很可能不只是成倍地增加了张力，而是出现一种不同的复杂张力模式，尤其是在一根或者多根线断了的情况下。这是一种多中心的局面，因为存在着多个中心，每一个线的交叉处都是一个影响张力的中心。[①] 在富勒看来，多中心因素普遍存于提交司法解决的问题中，只是存在着程度的差别，重要的是判断何时这些因素会变得非常重要，以致达到司法裁决的适当边界。并且，如果多中心的因素致使某个问题无法通过司法裁判解决，那么合适的解决办法有两种：一是经理指令（managerial direction）——由一个决策者发布命令，二是通过契约或者互惠的方式——众多决策中心之间的协商合作或者互惠调整。[②] 可以看出，富勒提出的契约或者互惠解决思路与博拉尼强调的自发秩序是一致的，而他的经理指令方法则适用于公司内部的决策。

无论是博拉尼还是富勒，对多中心的讨论都局限于少数几个领域，

① Fuller, Lon L. 1978. "The Forms and Limits of Adjudication", *Harvard Law Review* 92(2): 353-409, pp. 394-395.

② Fuller, Lon L. 1978. "The Forms and Limits of Adjudication", *Harvard Law Review* 92(2): 353-409, pp. 397-401.

并未将其扩展开来分析一般意义上公共事务的治理。致力于这一努力的是政治学家文森特·奥斯特罗姆等人。他在1961年与人合作撰写的一篇研究美国大都市治理的经典论文中，使用多中心理念分析了多个政府组织共存以及重叠性管辖权对社会治理的意义。当时流行的看法是，在大都市存在着各个层级的政府（联邦、州、县、市政府等），政府功能和管辖权重叠，形成地方政府碎片化，结果是太多的政府但实际上政府不足。这被认为是一种病态的现象，人们给出的解决方案是将多个不同的政府整合成一个大政府，由一个决策中心来统辖所有事务。但在奥斯特罗姆和他的合作者看来，大都市地区多个政府存在的制度安排，不是病态的，而是合理的。他们的分析和逻辑是，政府的职能主要是提供公共物品，而不同的公共物品因为外部性等问题需要考虑不同的规模和边界因素，以有效地控制外溢影响，提高效率，让适当的政治利益群体参与到决策的过程中去，并允许地方自治。他们区分了公共物品的"提供"（provision）和"生产"（production），而这种区分大大增加了政府发挥公共经济职能的多样性。比如，一个政府提供某种公共物品，但并不一定要生产这种公共物品，可以交由另一个政府或者第三方生产；不同的政府之间也可以就某些公共物品的提供进行合作，协商决定由哪个政府提供；等等。奥斯特罗姆等人认为，从提供公共物品的规模、竞争与效率等角度考虑，大都市地区的多个政府格局不仅不应当改变，而且应当提倡。这种格局形成了一种"多中心政治体制"（polycentric political system），即众多的决策中心相互独立发挥作用，它们之间的竞争与合作对于有效地提供公共物

品具有积极意义，不仅不会导致碎片化和“组织化混乱”（organized chaos），而且还有助于地方自治和负责任的治理。[①]

后来，奥斯特罗姆对多中心理论进行了较为系统的阐发，并将其与单中心理论进行了对比，形成了两种迥然不同的社会治理和秩序构建观念。在他看来，多中心政体的基本特征是，“众多的官员和决策架构（decision structure）拥有有限的且相对自主的决定、执行以及变更法律关系的权力”，“任何一个机关或者决策架构对强力的合法使用都没有最终的垄断权”。[②] 在这种政体中，“‘统治者’和‘被统治者’之间的权力不平等受到有意的限制，以致‘统治者’也能**受制于**法律的‘统治’并**服务于**‘被统治者’。”[③] 它意味着，在这样的社会里，存在着多个决策中心，并且，没有一个决策中心享有最高或者至高无上的权力，所有的权力都是有限且相对独立的；在很大程度上讲，它所构建的是一种平等共治的关系，也就是说，人与人之间的关系不是一种统治者与被统治者的关系，而是所有的人都受制于他们同意的法律，所有的人都以某种方式参与决策和治理。多中心政体的思想渊源包括

---

① Ostrom，Vincent，Charles M. Tiebout，and Robert Warren. 1999. “The Organization of Government in Metropolitan Areas：A Theoretical Inquiry”. In *Polycentricity and Local Public Economies：Readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis*，ed. Michael D. McGinnis，31-51. Ann Arbor，MI：University of Michigan Press.

② Ostrom，Vincent. 1999. “Polycentricity (Part 1)”. In *Polycentricity and Local Public Economies：Readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis*，ed. Michael D. McGinnis，52-74. Ann Arbor，MI：University of Michigan Press，p. 55.

③ Ostrom，Vincent. 1999. “Polycentricity (Part 1)”. In *Polycentricity and Local Public Economies：Readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis*，ed. Michael D. McGinnis，52-74. Ann Arbor，MI：University of Michigan Press，p. 55. 强调为原文所有。

阿尔图休斯、麦迪逊、托克维尔等人的圣约组织、主权分享、联邦主义以及民主治理理论，旨在构建一个基于个人自由和有限政府的自治社会。

与多中心政体形成对照的是单中心政体，其基本特征是，“决定、执行以及变更法律关系的政府权力被赋予某个单一的机关或者决策架构，它对强力的合法使用拥有最终的垄断权”。在这种政体中，“在享有‘最终权力’的决策中心与那些受制于该权力的决策中心之间，存在着决策力量的极端不平等。”[①] 它意味着，在这样的社会里，真正的决策中心只有一个，它享有最高或者至高无上的权力，其他的个人或者组织都受制于它；在很大程度上讲，它所构建的是一种等级隶属关系，即最终的决策者与他人之间是一种统治者与被统治者的关系，是一种命令与服从的关系。单中心政体的思想来源包括博丹、霍布斯、黑格尔等人的主权观念、国家主义以及形形色色的集体主义理论，旨在构建一个基于等级秩序和无限政府的他治社会。

多中心的理念对于政治理论的发展具有重要意义，因为长期以来流行的看法是，在每一个社会中都存在一个最终的权力中心，理论家的主要任务就是找到这个中心并研究它的运作，即使他所面临的是一个联邦制政体。譬如，担任过美国总统的政治学家威尔逊（Woodrow Wilson）曾经指出：“在考察任何政体时，首要的问题必须是探讨权力

---

① Ostrom, Vincent. 1999. “Polycentricity (Part 1)”. In *Polycentricity and Local Public Economies: Readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis*, ed. Michael D. McGinnis, 52–74. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, p. 55.

的真正拥有者及其基本机制。总是有一个权力中心：在该政体中，那个中心在哪里？自足的权力赋予了谁以及它通过什么机构发声和行动？权威的宪法著述对这些以及类似问题的答案不令人满意，主要是因为它们与显而易见的事实不符。有人说，在我们的联邦架构中没有单一或者中心力量；因此，在联邦**架构**中没有单一或者中心力量，而只有权力之间的相互制衡，正如所有的书所说。但是，联邦政府的实际运作如何？毫无疑问，至高无上的支配性力量，所有动机以及所有管理性权力的中心和来源就是国会。"[1]在很大程度上讲，威尔逊既没有理解麦迪逊设计的双重分权原理，也没有理解托克维尔描述的美国自治社会。

多中心的理念不仅意味着在政治组织领域存在着多个决策中心，而且意味着在政治领域之外，还存在着无数个决策中心，无论它们是个人，还是个人形成的各种组织——诸如家庭、公司、教会、学校以及各种非政府组织（NGO）等。政治领域的多中心架构——以双重分权、法官独立等为核心的制度安排，只是整个社会秩序的一部分，众多的政府单位只是决策中心的一部分。在一个自由社会里，政治领域没有覆盖社会生活的方方面面，相反，它是一个非常有限的领域，而这与有限政府的理念一脉相承。在政治领域之外，还存在着市场和公民社会，甚至还存在着与世俗世界相对的精神世界，这些领域同样存在着无数个决策中心，决定着一个社会的各种公私事务。尽管博拉尼

① Wilson，Woodrow. 1956. *Congressional Government: A Study in American Politics*. New York: Meridian Books，pp. 30–31. 强调为原文所有。

将多中心的理念仅仅适用于市场交易、科学研究以及司法领域，但奥斯特罗姆将它扩展到公共物品的提供、宪治（constitutional rule）、选举甚至国际秩序的建立。[①] 从根本上讲，不仅政治秩序，而且整个社会秩序的建立都应遵循多中心的进路，进而形成一种与单中心秩序适成对照的多中心秩序（polycentric order）。

传统的联邦主义研究倾向于将其理解为政府间权力划分的制度安排，甚至仅仅理解为两个层级的政府——联邦政府和各邦政府——之间的分权架构。不能不说，这是一种过于狭隘的理解，联邦主义不仅意味着在联邦政府与各邦政府之间是一种分权制衡与重叠治理的关系，而且意味着各邦政府以下的政府单位之间也是一种同样的关系，甚至意味着在政府架构之外人与人之间的关系也是以联邦的方式构建起来的，即人与人之间的关系是建立在“圣约”基础之上的平等伙伴关系，人们对社会中的公私事务进行自治和共治。从这个意义上讲，联邦主义的要旨在于确立无数个相互独立、地位平等的决策中心，让人们基于自愿形成各种各样的基于规则治理的社会关系，构建一种多中心秩序。这种秩序的基本特征是，政府的活动范围是有限的——通过宪法划定权力的边界，个人的自由和权利受到有效的保护，并且，在此基础之上，人们自愿建立各种组织或者共同体自主治理公私事务。

---

① Ostrom，Vincent. 1999. “Polycentricity (Part 1)”. In *Polycentricity and Local Public Economies: Readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis*，ed. Michael D. McGinnis，52–74. Ann Arbor，MI：University of Michigan Press，pp. 60–73；Ostrom，Vincent. 1991. *The Meaning of American Federalism: Constituting a Self-governing Society*. San Francisco，CA：ICS Press，pp. 228–243.

在很大程度上讲，这种多中心的秩序也是无中心的秩序，因为它实际上没有中心，没有人们通常意义上所理解的中央或者中央政府。尽管人们经常有意无意地将联邦制社会中的联邦政府称为“中央政府”，但严格而言，这是不适当的描述，因为在那里没有中央政府，或者更准确地说，没有单一制意义上的中央政府。正如埃拉扎所言：“在联邦模式中，没有中心；因为最大范围的政府型构整个社会，不可能存在中心，实际上，正如我们从经验中发现的，整个架构不同面向之间的距离经常比整个架构与其组成部分之间或者相应面向之间的距离还要大。不仅如此，而且为了在这种非中央集权的（noncentralized）或者多中心的（multicentered）架构中发挥作用，各部分必须总是互动，每一个都足够独立来确保这种互动的真实性并且阻止一个单一全局性中心的出现。”[①]美国的“国父”们和1787年宪法并未确立一个“中央政府”（central government），而是确立了一个“联邦政府”（federal government）或者“一般性政府”（general government）。[②]联邦政府与各邦政府之间的关系不是单一制意义上中央与地方之间的关系，而是相互独立、相互支持、平等共存的关系。联邦政府负责的事务主要是外交、战争等涉及全联邦的事务，而各邦政府则负责那些涉及治安、财产、契约、婚姻等方面的事务，并且，还有大量的事务由更为基层的郡县、城市、乡镇等完成。联邦政府与各邦政府或者更基层政府之

① Elazar, Daniel J. 1997. “Contrasting Unitary and Federal Systems”, *International Political Science Review* 18(3): 237–251, p. 243.

② Elazar, Daniel J. 1997. “Contrasting Unitary and Federal Systems”, *International Political Science Review* 18(3): 237–251, p. 246.

间的差别仅仅在于它们管辖范围或是管辖事务的不同，而不存在等级或者隶属关系。或者说，那里没有更高或者更低的权力中心，只有管辖范围的大小和管辖事务的不同。[①]

瑞士学者内夫（Robert Nef）将联邦主义的理念理解为“非中心主义”（non-centralism），因为它既不同于具有误导性的“权力下放”（decentralization），也不同于显得有些激进的“反中心主义”（anti-centralism）。“权力下放”的表达仍然预设了存在一个中心或者中央政府，只是在此基础之上进行权力下放。当然，对于一个中央集权的政体而言，“权力下放”是一个适当的选择，但是，这种表达所传达出来的仍然是某种集权观念和自上而下的思路，它仍然承认存在一个中心或者中央政府，甚至承认相当程度的中央集权，只是将某些权力下放给地方政府。因此，“权力下放”与联邦主义蕴含的“非中心”理念并不相同。而“反中心主义”则容易让人理解为分离主义或者支持分裂倾向，哪怕面临着很高的冲突成本。“非中心主义”不仅意味着没有中心或者中央政府，而且意味着一种自下而上的权力架构与社会治理思路，公共事务的治理应尽可能地停留在基层，只有在基层不能解决的情况下，才自下而上地诉诸更高的层面。[②]也就是说，凡是小共同体能够解决的公共事务，就不应交给更大的共同体。譬如，如果一项公共事务能够在乡镇获得解决，就不应升至县市；如果一项公共事务能

---

① Elazar, Daniel J. 1987. *Exploring Federalism*. Tuscaloosa, AL: University of Alabama Press, pp. 36–37.

② Nef, Robert. 2004. *In Praise of Non-Centralism*. Trans. Ritu Khanna. Berlin: Liberal Verlag GmbH, pp. 11–12.

够在县市获得解决，就不应升至省邦，更不应使其上升为全国性事务，推行整齐划一的政策。

这种“非中心主义”的理念与一个古老的辅助性原则（principle of subsidiarity）相连。该原则建立在个人、社会、国家之间分立的基础之上，并将处理公共问题的责任交给更小的共同体，只有当需要“社会与政治支持”（social and political support）的时候，更大的共同体才介入。从这个意义上讲，邦国只是辅助性的，只有当个人、家庭、社区等更小的共同体需要的时候，邦国才予以辅助，也就是说，小共同体的自治优先于邦国的帮助。教皇庇护十一世（Pope Pius XI）在 1931 年的“通谕”中指出：“正如将个人可以通过他们自己的创造和努力完成的事情交给一个社区是一个极大的错误一样，将更小和更基层组织可以完成的事务交给一个更大和更高层组织也是不公正的，同时是一个严重的罪恶以及对正当秩序的破坏。因为每一项社会活动之真正本性应该是帮助社会共同体的成员，而决不是摧毁和吞并他们。”[①] 辅助性原则最初的意图在于将私人领域从公共和政治领域分立出来，以保护个人的自由，防止集体或者国家的强制。很多谚语表达了这样的意思，诸如“有疑问时，应为有利于（个人）自由之推定”（in dubio pro libertate），“尽可能多的自由，强制以必需为限”（as much freedom as possible，as much coercion as necessary）等。天主教的基本教义也告诫人们：“作为个人的民众应当自己完成每一个他们面临的任务，只要他

---

① Nef，Robert. 2004. *In Praise of Non-Centralism*. Trans. Ritu Khanna. Berlin：Liberal Verlag GmbH，p. 42.

们有这么做的能力。社会的干预必须只是辅助性的。”①

值得一提的是，无论是多中心秩序还是非中心秩序，都与博拉尼、哈耶克等理论家强调的自发秩序具有异曲同工之妙。在多中心的格局下，个人或者组织都根据自己的偏好相对独立地进行决策并自愿地与他人合作，秩序的形成不是依赖自上而下的命令与控制，而是依赖自下而上的自发调整与配合。这是一种自生自发的秩序，主要基于人们自然而然的努力与合作。博拉尼区分了两种不同的社会秩序：一种是有意设计的秩序（deliberate order）或者计划的秩序（planned order），另一种是自生自发的秩序（spontaneous order）或者多中心秩序。前者意味着秩序的形成依赖有意或者专门的设计，依赖自上而下的命令或者计划，依赖中央或者最高权威的控制与监督；后者意味着秩序的形成依赖无数个体独立、自由的决策，依赖他们之间的自发合作与相互调整。博拉尼对有意设计秩序固有的等级与命令特征给予了批评，尤其批判了计划经济的不可行性——在一定程度上继续了米塞斯、哈耶克等人的事业②，而对自生自发秩序的自由倾向予以肯定。他说：“当人们之间的秩序是通过让他们主动地互动形成时——只受制于普遍适用于所有人的法律，我们有一种社会中的自发秩序。然后，我们可以说，

---

① Klüber，F. 1957. *Lexikon für Theologie und Kirche*. Freiburg in Breisgau. 转引自 Nef，Robert. 2004. *In Praise of Non-Centralism*. Trans. Ritu Khanna. Berlin：Liberal Verlag GmbH，p. 43。

② 奥地利学派创始人之一米塞斯是最早批评计划经济的学者之一，他自 20 世纪 20 年代开始就撰文论证计划经济的不可行性，著有《社会主义：经济与社会学的分析》（*Socialism：An Economic and Sociological Analysis*）、《古典自由主义》（*Liberalism：The Classical Tradition*）、《人类行为》（*Human Action*）等。作为米塞斯的学生，哈耶克 1944 年发表的《通往奴役之路》（*The Road to Serfdom*）仍是批判计划经济的经典。

这些个人的努力是通过利用他们个人的首创精神进行协调的，并且，这种自我协调（self-co-ordination）基于公共理由证明了他们自由的正当性。”[①]“这些个人的行动可以说是自由的，因为它们不是由任何具体的命令决定的，无论是上级或者公共当局；它们受到的强制是非人格化的（impersonal）和普遍的。”[②]

哈耶克对两种不同的秩序进行了系统的讨论和比较。他说，人类社会存在着两种秩序观，一种认为秩序是通过人的理性建构的产物，认为人的有目的、有计划的设计造就了秩序；另一种认为秩序是自然的、逐步生发的结果，认为人们的习俗、惯例、实践和经验等型塑了秩序。前者被称为建构的秩序（constructivist order），与哲学上的建构理性主义（constructivist rationalism）密切相关，后者被称为自生自发的秩序（spontaneous order），与哲学上的进化理性主义（evolutionary rationalism）一脉相承。建构理性主义的支持者相信，人们有能力凭借理性设计文明和文化，社会秩序的形成是人们有意为之的结果，而进化理性主义的信奉者认为，人的理性是有限的，人们不可能凭借理性设计文明和文化，社会秩序不是人们有意识创造的，而是逐步进化和自然生发的结果。[③]其实，理论家们很早就注意到了自由社会中秩

① Polanyi，Michael. 1998. *The Logic of Liberty*：*Reflections and Rejoinders*. London：Routledge，p. 159.

② Polanyi，Michael. 1998. *The Logic of Liberty*：*Reflections and Rejoinders*. London：Routledge，p. 159.

③ Hayek，F. A. 1982. *Law*，*Legislation and Liberty*，Vol. 1：*Rules and Order*. London：Routledge & Kegan Paul，pp. 8–54.

序的自生自发特性。譬如，苏格兰启蒙运动的重要人物弗格森（Adam Ferguson）曾指出："民众的每一个步骤和每一次行动，即使在所谓的文明时代，也都是基于对未来同样的无知做出的；各国碰巧确立的政治安排，确实是人类行动（human action）的结果，但不是任何人类设计（human design）的产物。如果克伦威尔（Cromwell）说，一个人决不会爬得比其不知晓的去处更高；它也许更有理由适用于谈论共同体，它们容许无意带来任何变化的伟大革命，最细心的政治家也不总是知道其计划正将国家引向何方。"[①]在弗格森看来，社会秩序是无数民众按照自己的兴趣和偏好行动的结果，不是某个或者某些领袖人物精心设计或者策划的。那些被后世民众奉为"国父"的人物，不过是在政治过程中扮演了更加重要的角色而已，并非国家是由他们自己设计或者建构的。[②]

对于自生自发秩序的传神描绘，没有比亚当·斯密"看不见的手"的隐喻更有影响的了。他发现，社会经济秩序的形成并非人们意图的结果，而是不经意的产物，是一只"看不见的手"在起作用。他在赞扬自生自发秩序的同时，还竭力批评对社会秩序的计划和改造，批评那些计划者或者改造者的自负。他说："掌权者倾向于自负地认为自己非常聪明；并且经常对自己的理想政府计划所想象的美妙如此迷恋，以致他不能容忍其任何部分存在最小的偏离。他接着全面地实施这个

① Ferguson, Adam. 1995. *An Essay on the History of Civil Society*. Ed. Fania Oz-Sazberger. Cambridge: Cambridge University Press, p. 119.

② Ferguson, Adam. 1995. *An Essay on the History of Civil Society*. Ed. Fania Oz-Sazberger. Cambridge: Cambridge University Press, p. 121.

计划及其所有部分，无视也许反对它的巨大利益或者强烈情感。他似乎认为，他可以非常容易地摆布一个巨大社会里的不同成员，正如用手摆布棋盘上的不同棋子那样。他没有考虑到，棋盘上的棋子，除了手对其施加的力量之外，没有其他的行动原则；但在人类社会的巨大棋盘上，每一个棋子都有它自己的行动原则，完全不同于立法机关可能选择对其施加的力量。如果这两种原则一致且方向相同，人类社会的这盘棋将会行动自如、和谐美满，很可能既幸福又成功。如果它们彼此龃龉或者方向不同，这盘棋将会悲惨不堪，这个社会一定始终处于最高程度的混乱之中。”[①]

应当指出，强调秩序的自发特性，并不意味着人们在任何时候都不应当有自己的计划或者按照某种计划行动，并不意味着人们不应当设计任何制度。自发秩序强调的是，不应当从整体上设计整个社会的秩序，不应当按照计划规制整个社会的秩序，而不是说，社会中的个人或者组织不能设计自己的行动目标，不能根据自己的计划行事。自发秩序反对的是，对整个社会进行全面的改造和重建，对整个社会进行系统的计划和命令。它不反对个体的计划，不反对局部的或者具体制度的设计或者变革。相反，它认为这种微观的、分散的、局部的计划或者设计对于社会秩序的形成是必需的。尽管哈耶克极力批评建构秩序的努力，但他并不认为人们对于秩序的形成和社会的变迁应当听天由命，完全无所作为。其实，在他看来，有意识设计的规则与自生

① Smith, Adam. 1984. *The Theory of Moral Sentiments*. Ed. D. D. Raphael and A. L. Macfie. Indianapolis, IN: Liberty Fund, pp. 233-234.

自发演化的秩序之间并不矛盾，相反，理性设计的、具有一般性的规则，在很多情况下可以与自发秩序融合在一起。自发秩序决不意味着，在任何情况下都没有人类的角色和力量，没有理性的作用，没有人为设计或者变革的可能。那种认为自发秩序与理性设计水火不容的看法，认为只要存在人为的、有意识的努力或者选择就不是自发秩序的看法，是对自发秩序理论的误解。[①]

最后，多中心秩序是一种超越（民族）国家的理念，有助于人们思考如何解决人类自由而和平共处的问题。阿克顿勋爵曾说："联邦主义允许不同的民族、宗教以及文明的不同阶段和谐共存。联邦主义具有无限扩展的能力。"[②]（民族）国家自 16、17 世纪兴起之后，被当成了政治共同体的最高和最佳组织形式。然而在过去几个世纪中，（民族）国家之间的冲突与战争频繁发生甚至不断升级，为了自己狭隘的利益，它们往往不惜一切代价，甚至摧毁人类数千年创造的文明。联邦主义和多中心秩序就是一种超越（民族）国家的政治思想，意在实现人与人之间、族群与族群之间、宗教与宗教之间、文明与文明之间的自由与和平共处。"美利坚合众国"和演进之中的欧盟就是体现这种思想的卓越试验。"美利坚合众国"不是法国等意义上的（民族）国家，而是若干邦国组成的联合体，是一个联盟或者联邦。欧盟的形成正是欧洲民众认识到（民族）国家局限性的结果，它们之间连年不断的战争终

① Smith，Craig. 2006. *Adam Smith's Political Philosophy：The Invisible Hand and Spontaneous Order*. London：Routledge，pp. 145–146.

② Lord Acton. 1988. *Essays in Religion，Politics，and Morality：Selected Writings of Lord Acton*, Vol. III. Ed. J. Rufus Fears. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 559.

于让那里的人们在二战之后认识到，（民族）国家之间不可避免的冲突可能葬送欧洲的辉煌文明。在很大程度上讲，为了维系欧洲的自由与和平，欧盟的未来就是演变为一个联邦共同体，尽管这还尚需时日且面临诸多挑战。[①]可以想象，在欧美以外的亚非拉地区，（民族）国家内部以及相互之间冲突与战争的解决同样需要这种联邦和多中心的思维方式，尽管那里的很多人或许还难以接受这种理念。

---

① Siedentop，Larry. 2001. *Democracy in Europe*. New York：Columbia University Press. 在本书的结尾处，作者意味深长地说："联邦主义是欧洲的正确目标。但欧洲还没有为联邦主义做好准备。"（第231页）

第五章　基本权利与自由

几乎所有企图摧毁自由的统治者都首先尝试保存它的形式。从奥古斯都（Augustus）至今一直如此。统治者自以为，他们能够将公众同意（public consent）赋予的道德力量与只有绝对权力才能带来的好处结合在一起。几乎所有的统治者都失败了，并且不久即发现，在没有自由之实的地方保留自由之名是不可能的。[①]

——托克维尔

① Tocqueville，Alexis de. 1998. *The Old Regime and the Revolution*. Ed. Fancois Furet and Francoise Melonio. Trans. Alan S. Kahan. Chicago：University of Chicago Press，p. 127.

一 “自由”“权利”与“基本权利”

宪政的目的是限制政府的权力，保护个人的基本权利与自由。那么，“自由”“权利”以及“基本权利”究竟意味着什么？尽管人们对这些概念并不陌生，而且它们会出现在每一本宪法教科书中，但对其含义的争论与分歧一点儿也不少，澄清它们的意涵对于宪政的实现至关重要。

“自由”一词的涵义向来众说纷纭。孟德斯鸠尝言：“没有一个词比自由有更多的涵义，并在人们的头脑中留下更多不同的印象了。一些人认为，自由就是罢黜他们赋予了专制权力的人；另一些人认为，自由就是选择他们有义务服从的长官的权力；还有一些人认为，自由就是携带武器并能够使用暴力的权利；最后，也有人认为，自由就是受本民族的人或本民族的法律统治的特权。某个民族在很长时期内认为自由就是留长胡子的特权。”[①] 人们使用“自由”一词或者不惜一切代价地追求它，但他们意味着迥然不同甚至完全相反的事物，正如林肯

① Montesquieu, Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws* (Two volumes in one). Trans. Thomas Nugent. New York: Hafner Publishing Company, p. 149.

在 1864 年的一个演讲中所说："世界上从未有过对'自由'一词的恰当定义，美国人现在非常需要一个。我们都宣称信奉自由；但在使用这同一个词的时候，我们并非都意指同样的事物。对于一些人来说，自由一词意味着每一个人都能根据其喜好掌握自己的命运以及自己的劳动所得；然而对其他人来说，自由意味着一些人根据其喜好掌握他人的命运以及他人的劳动所得。这两种不仅迥然不同而且互不相容的事物，具有同样的名字——自由。结果，相应的双方，用这两种迥然不同且互不相容的名字——自由和专制——称呼二者之一。"[①]可见，一些人所追求的"自由"，不过是另一些人所追求的"专制"。

在很大程度上讲，对"自由"一词的语义分析绕不开政治思想家伯林（Isaiah Berlin）提出的"两种自由的概念"。在 1958 年的演讲中，他提出了两种不同的自由观——"消极自由"（negative freedom）和"积极自由"（positive freedom）。"消极自由"追问的问题是："一个人或者一群人被允许或者应被允许不受他人干涉地做其力所能及的事或是成为其愿意成为的人的领域是什么？"[②]或者，简单地说，"政府在多大程度上干涉我？"[③]对该问题的回答可以用"免于……的自由"（freedom from）这样的表达，也就是说，这种意义上的"自由"意味着不受他人的干涉（interference）或者强制（coercion）。这里的"强制"仅仅意味着他人有

① Lincoln, Abraham. 1864. "Address at Sanitary Fair, Baltimore" (delivered on April 18, 1864).

② Berlin, Isaiah. 2002. "Two Concepts of Liberty", in *Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty*, ed. Henry Hardy. New York: Oxford University Press, p. 169.

③ Berlin, Isaiah. 2002. "Two Concepts of Liberty", in *Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty*, ed. Henry Hardy. New York: Oxford University Press, p. 177.

意识的干预（deliberate interference of other human beings），而不包括身体能力或者经济能力的缺乏，比如，一个人因为眼瞎而不能阅读，因为没钱而买不起面包等，都不构成此种意义上的“强制”。[①]“消极自由”意味着每个人都有一个最小的行动空间，该空间在任何情况下都不受他人或者政府干涉。也就是说，这种自由在“私人生活领域”（area of private life）和“公共权威领域”（area of public authority）之间划定了一个明确的界限，公共权威僭越和干预私人生活的可能受到严格的限制。在私人生活领域，个人享有充分而完全的自由，个人是最终的决策者；公共权威无权染指个人的自由，不论它是否假借多数人的名义。

与“消极自由”相对的是“积极自由”，它追问的问题是：“什么或者谁是决定某个人做这而不是做那、成为这样一个人而非那样一个人的控制或者干涉的来源？”[②]或者，简单地说，“谁统治我？”[③]对这个问题的回答，可以用“做……的自由”（freedom to）这样的表达。它根源于个人想要成为自己主人的愿望，根源于个人主宰自己命运的愿望，这种愿望拒绝任何外在力量的阻碍，不论是人为的还是非人为的。这种意义上的自由认为，人的理性与非理性造就了两个自我，前者追逐长期利益，实现高远的目标，是“真实的或者理想的自我”（real or

① Berlin, Isaiah. 2002. “Two Concepts of Liberty”, in *Liberty : Incorporating Four Essays on Liberty*, ed. Henry Hardy. New York : Oxford University Press, pp. 169-170.

② Berlin, Isaiah. 2002. “Two Concepts of Liberty”, in *Liberty : Incorporating Four Essays on Liberty*, ed. Henry Hardy. New York : Oxford University Press, p. 169.

③ Berlin, Isaiah. 2002. “Two Concepts of Liberty”, in *Liberty : Incorporating Four Essays on Liberty*, ed. Henry Hardy. New York : Oxford University Press, p. 177.

ideal self），而后者追逐短期利益，实现暂时的目标，是“经验的自我”（empirical self）；为了掌握自己的命运，成为自己真正的主人，理性的自我需要战胜非理性的自我。并且，理性的自我可以被扩大为超个人的存在，比如一个部落、一个种族、一个教会、一个国家之类的“实体”，这些“实体”被赋予了生命，成为具有“意志”（will）的“有机体”（organic entity）。这个“有机体”时常以帮助其成员实现长远目标或者获得“更高的自由”（higher freedom）的名义，将其“意志”强加在个人的头上；个人被看成是非理性的、愚蠢的或者无知的，否则，他们会接受或者同意那个“有机体”强加给他们的目标。也就是说，这个“有机体”认为，它强迫其成员接受其目标，是因为它比那些个人更了解他们的利益所在和长远追求，如果那些个人是理性的话，他们不会反对或者抵制“有机体”的安排。①

“消极自由”与“积极自由”的划分体现了政治思想史上的重要分野，前者为洛克、贡斯当、托克维尔、阿克顿、哈耶克等理论家所倡导，后者则与卢梭、费希特、黑格尔、马克思等思想家不可分。② 我们认

① Berlin，Isaiah. 2002. “Two Concepts of Liberty”，in *Liberty：Incorporating Four Essays on Liberty*，ed. Henry Hardy. New York：Oxford University Press，pp. 178–181.

② 最近，人们在各种不同的意义上区分“积极自由”和“消极自由”，与经典的区分适成对照。比如，一些人在“消极限制的缺乏”（negative absence of restraint）和“积极行动能力”（positive capacity for action）之间做出区分，另一些人在“消极自愿行动的能力”（negative capacity to act as one pleases）与“应该或者实现真实自我的积极行动能力”（positive ability to act as one ought or realize the true self）之间做出区分，还有人主张区分“私人行动的消极领域”（negative sphere of private activity）和“参与公共政治领域的积极能力”（positive capacity for participation in a public political realm），以及区分“消极不受干预”（negative non-interference）与“积极控制物质资源”（positive control over material resources）。见Crowder，George. 1988. “Negative and Positive Liberty”，*Political Science* 40(2)：57–73，p. 57。

为，“积极自由”是不可接受的，它与宪政不相容，与“消极自由”存在龃龉。“消极自由”意味着每一个人都有一个不受干涉的空间，在此空间内，他（她）可以完全按照自己的方式生活和选择，任何他人（包括政府）都无权强制其做什么或者不做什么；而“积极自由”则意味着一个人或者组织必须成为自己命运的主人，让理性的自我战胜不理性的自我，为了实现理性的目标，可以要求甚至强制他人做什么或者不做什么。显而易见，“消极自由”的核心是不受“强制”或者“非强制”，而“积极自由”却包含了“强制”的成分。无论如何，“非强制”与“强制”都难以共存，因为二者具有逻辑上的矛盾关系，“非强制”必然排斥“强制”，“强制”必然摧毁“非强制”。从这个角度讲，只有“消极自由”才是真正的自由，才与以限制权力和强制为核心的宪政相一致。[1]也就是说，政治或者法律意义上的自由，意味着并且仅仅意味着不受他人的强制。这里的“强制”系指一个人受到他人的控制，以致其不能根据自己的计划进行行动，而必须服务于他人的目的。[2]这种意义上的“强制”至少包含三个要素：首先，它必须是外在的，外在于个人，而不能是内在的；其次，它必须是人为造成的，而不能是非人为的结果；最后，它必须是他人的故意行为造成的，而不能是非故

---

① 对“消极自由”的批评，见 Taylor，Charles. 1985. “What's Wrong with Negative Liberty”，in *Philosophical Papers*，Vol. 2：*Philosophy and the Human Sciences*. New York：Cambridge University Press，pp. 211–229。也有学者认为，不应该区分这两种不同的自由，因为任何自由都既包括消极也包括积极的含义。见 MacCallum，Gerald C.，Jr. 1967. “Negative and Positive Freedom”，*Philosophical Review* 76(3)：312–334。伯林对这一看法的反驳，见 Berlin，Isaiah. 2002. *Liberty：Incorporating Four Essays on Liberty*，ed. Henry Hardy. New York：Oxford University Press，p. 36，Footnote 1。

② Hayek，F. A. 1972. *The Constitution of Liberty*. Chicago：Henry Regnery Company，pp. 20–21.

意行为的产物。根据这种界定，一个人囿于自身条件的限制而“被迫”做出的选择，不是“强制”。比如，一个人仅仅因为视力不佳而“被迫”放弃看书，一个人仅仅因为没有钱而“被迫”挨饿，一个人仅仅因为自身能力有限而“被迫”接受劳动强度大但收入低的工作，都不是政治法律意义上的“强制”，因为没有他人的故意行为卷入其中。

不受强制意义上自由的关键在于，在私人领域和公共领域之间设置了楚河汉界，而这意味着个人存在着独立的、不受干预的自由空间，意味着个人存在着不受侵犯的堡垒。这种空间和堡垒为个人提供了最后的“避难所”，如果没有这种“避难所”，如果个人的一切都置于公共权威的控制之下，个人就不复存在了，因为独立、隐私等构成个人的要素都被摧毁。没有了个人，也就没有了以个人为基础的市民社会，没有了制衡公共权威和政治国家的中间力量，一切都在权力和国家的控制之下，任何意义上的自由都将消失。这也意味着，自由必然是个人的——即个人自由（individual liberty），不存在集体的自由，所有看起来是集体的自由都不过是个人自由的重合。当我们使用“自由社会”（free society）这样的表达时，不是意味着某个“社会”是自由的，而是意味着组成这个社会的成员个人是自由的，或者说，他们的自由受到了良好的保护。贡斯当发现，“古代人的自由”和“现代人的自由”之间存在着根本区别，在古代，个人没有自由，没有不受干涉的私人领域，一切都受制于公共权威，而现代人的自由则是个人自由，建立在个人独立基础之上，个人享有公共权威不可干预的私人领域，在私

域内是充分自由的，按照自己的意愿和选择生活。[①]

根据不同的标准，自由常常被分为不同的种类，有些分类或者表达不仅无助于人们对自由的认识，反而引起了不小的混淆。[②] 譬如，根据是否事关政治生活的参与，自由常常被分为"政治自由"（political liberty）和"公民自由"（civil liberty），前者主要是指参与政治生活的自由，尤其是选举或者投票自由，后者主要是指参与政治生活之外的自由，包括言论自由、宗教自由、结社自由等。值得注意的是，也有学者将"政治自由"等同于自由本身，或者说，用"政治自由"称呼自由。比如，当孟德斯鸠说"政治自由"不是无限制的或者只存在于温和政体（moderate governments）之中时，他实际上意味着"自由"；他交替使用这两个概念的事实表明，二者之间没什么区别。[③]

如同人们对政治和经济的划分一样，自由有时也被分为"政治自由"和"经济自由"（economic freedom；economic liberty），前者意味着从事政治和公共活动的自由，后者意味着从事经济活动的自由，诸

---

① Constant，Benjamin. 2003. *Political Writings*. Trans. and ed. Biancamaria Fontana（中国政法大学出版社影印本），pp. 309-328。

② 毋庸置疑，富兰克林·罗斯福著名的"四大自由"演讲令很多人对"自由"的含义产生了误解。罗斯福说："在我们力求安定的未来岁月里，我们期待一个建基于四项基本人类自由之上的世界。第一是在世界任何地方发表言论和表达意见的自由。第二是在世界任何地方人人有以自己的方式信奉上帝的自由。第三是免于匮乏的自由，即在世界范围内，确立一种确保每个国家为其居民营造健康和平生活的经济关系。第四是免于恐惧的自由，即在世界范围内进行全球性的裁军，要用一种彻底的方法使其裁减到这样一种程度：世界上没有一个国家有能力对任何邻国进行武力侵略。"见 Roosevelt，Franklin D. 1941. "Annual Message to Congress on the State of the Union" (delivered on January 6，1941)。

③ Montesquieu，Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one) Trans. Thomas Nugent. New York：Hafner Publishing Company，p. 150.

如市场自由（自由市场）、契约自由等。并且，在一些理论家看来，政治自由与经济自由之间密不可分，二者相互促进、相伴共生，正如米塞斯所言："没有经济自由，政治自由亦可保存的看法，是一个幻觉，反之亦然。政治自由是经济自由的必然结果。资本主义的时代亦是民治政府的时代，并非偶然。如果个人不能自由地在市场上买卖，他们事实上将成为依赖全能政府恩赐的奴隶，无论宪法上的用语是什么。"①

根据自由是否处于自然状态，它常被区分为"自然自由"（natural liberty）和"法律下的自由"（liberty under law）、"秩序下的自由"（ordered liberty）或者"联邦自由"（federal liberty）等。洛克是最早进行如此分类的思想家之一，他说："人的自然自由，就是免于人世间任何上级权力的约束，不受制于人的意志或者立法权，而只服从自然法。社会之中人的自由，意味着只受制于共和国中基于同意确立的立法权；意味着除了受制于立法机关根据人们的委托制定的法律以外，不受制

① Mises，Ludwig von. 2008. *Planning for Freedom：Let the Market System Work*. Ed. Bettina Bien Greaves. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 17. 弗里德曼（Milton Friedman）曾说："经济安排在促进自由社会的过程中扮演着双重角色。一方面，经济安排中的自由本身是广义理解之自由的一部分，因此，经济自由本身就是目的；另一方面，经济自由也是实现政治自由的一个必要手段。"见 Friedman，Milton. 1962. *Capitalism and Freedom*. Chicago：University of Chicago Press，p. 8。哈耶克也曾指出："经济控制不只是对人类生活一部分——可与其余部分分离——的控制；它是对我们实现所有目的之手段的控制。""人们常说，没有经济自由，政治自由毫无意义。这相当正确，但是在与我们的计划者使用这一表达几乎相反的意义上。作为其他任何自由的前提条件，经济自由不可能是社会主义者允诺我们免于经济操劳的自由（freedom from economic care），也不可能只有通过同时解除个人的必需和选择权才能获得；经济自由必须是我们从事经济活动的自由，我们拥有选择权，并且不可避免地承担这种权利带来的风险和责任。" Hayek，Friedrich A. 1944. *The Road to Serfdom*. Chicago：University of Chicago Press，pp. 92，100。

于任何人的意志或者任何法律。”[①]也有学者将“联邦自由”视为“自然自由”的对立面。比如，根据政治学家埃拉扎，“自然自由是不受限制的自然状态的自由，无论是在霍布斯还是洛克的意义上。最终，它是导致无政府状态或者所有人反对所有人的自由。根据联邦原理，适当的自由是联邦自由，即根据组织政府的圣约条件行动的自由。”“联邦自由是根据契约确立的自由。”[②]还有人将自由划分为“私人自由”（private liberty）和“公共自由”（public liberty），前者意味着从事私人活动的自由或者私人生活中享有的自由，后者意味着从事公共活动的自由或者公共生活中享有的自由。博拉尼就是在这种意义上使用这两个概念的，他说：“衡量一个自由社会的标准是，个人主义借由产生社会作用的公共自由之范围，而非没有社会效果的私人自由（personal liberties）之范围。极权主义并非意在摧毁私人自由，而是否定所有为公共自由的辩护。在极权主义观念中，独立的私人行动不可能产生社会作用，只能满足私人欲望；而所有的公共责任都由国家承担。自由社会的观念，意味着个人自由的行使对社会公共生活产生决定性的作用，必须认识到这招致对自由两个面向的区分：公共自由和私人自由。二者都值得保护，但是为了后者而要求前者或者为其辩护——这经常发生——对前者是有害的。”[③]

---

① Locke，John. 1947. *Two Treatises of Government*. Ed. Thomas Cook. New York：Hafner Publishing Company，p. 132.

② Elazar，Daniel J. *Exploring Federalism*. Tuscaloosa，AL：University of Alabama Press，p. 97.

③ Polanyi，Michael. 1998. *The Logic of Liberty：Reflections and Rejoinders*. London：Routledge，pp. 158–159.

作为一个政治与法律概念，“权利”一词与“自由”有着密切的联系，但它们是两个不同的概念，虽然有时候人们有意无意地将其视为同义词。一般而言，“权利”一词有着更加广泛的含义，“自由”可被视作权利的一种，譬如，人们常常将自由权、生命权、财产权等相提并论。那么，“权利”究竟意味着什么？根据霍菲尔德（Wesley Newcomb Hohfeld）的经典分析，严格意义上的“权利”意味着排除他人干涉的请求，其反义词是“无权利”，其关联词（correlative）是“义务”；当某个人拥有某种“权利”时，意味着他人负有不干涉或者不侵犯其权利的“义务”。[①] 比如，如果某个人对一块土地拥有所有权，那么，他人负有不得侵入该土地的义务，否则，必须承担法律上的责任。从这个意义上讲，“权利”对他人而言是消极的，即他人负有消极不干涉的义务，并且，仅有他人的消极不干涉就可以确保一个人的“权利”得以实现。

然而，有学者将权利分为“消极权利”（negative rights）和“积极权利”（positive rights），如同将自由分为“消极自由”与“积极自由”一样。“消极权利”意味着不需要他人积极的行为即可实现的权利，诸如人身权、财产权、言论自由权、宗教自由权、结社自由权等；也就是说，这种权利只需要他人负有消极的、不侵犯的义务即可实现。而“积极权利”则意味着依赖他人的积极行为才能实现的权利，诸如劳动权、健康权、受教育权、物质帮助权等；也就是说，这种权利需要

---

① Hohfeld, Wesley Newcomb. 1919. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*. New Haven：Yale University Press, pp. 36–38.

他人积极的作为（而非消极的不作为）才能实现。在国内外的研究文献和法律文件中，“积极权利”也常常被称为“社会经济权利”（social and economic rights）或者“福利权利”（welfare rights）。[①]“积极权利”的主张认为，存在这样的一些“权利”，其实现依赖他人的积极行为，要求他人必须采取某种行动以帮助此种“权利”的实现。比如，“受教育权”（right to education）要求一个人（或者“政府”）帮助他人获得教育，“健康医疗权”（right to health care）要求一个人（或者“政府”）帮助他人获得医疗等。也就是说，“积极权利”意味着“积极义务”（positive duties），即他人负有帮助权利享有者实现其权利的积极义务。[②]这种义务与“权利”派生的“消极义务”具有根本的不同，因为它对个人提出了“额外”的要求——积极的作为，而不再满足于消极的不作为，不论其目的是为了什么。

从这个意义上讲，“积极权利”已经违背了“权利”的界定，扭曲了其基本内涵。或者，更准确地说，“积极权利”不是“权利”，因为它与“权利”的含义完全不符，否则，就是概念的误用和滥用。如果我们坚持逻辑上的一致，就无法承认“积极权利”这样的概念及其所指称的对象，因为它与“权利”本身存在着无法调和的矛盾。反过来，如果我们承认“积极权利”是“权利”的话，那些仅仅给他人施加消极义务的“消极权利”，诸如生命权、财产权和自由权，将不再是“权

① 联合国 1966 年通过的《经济、社会和文化权利国际公约》就是一个典型的例子，其中规定了大量的“社会经济权利”。

② Gewirth，Alan. 2001. “Are All Rights Positive?” *Philosophy and Public Affairs* 30(3)：321–333，p. 322.

利”，因为“权利”不可能意指两种性质完全不同的事物，否则，就违反了逻辑上的同一律。

令人不解的是，霍姆斯（Stephen Holmes）和森斯坦（Cass Sunstein）认为，所有的权利都是“积极权利”，因为所有的权利都需要政府的“积极”行动来保护。[①] 不能不说，这是一个极大的误解。[②] 这种主张混淆了为实现某个人的“（积极）权利”而要求他人积极作为与当“（消极）权利”受到侵害时要求政府提供积极保护之间的区别，前者意味着他人的积极行为才能使一个人的“（积极）权利”得以实现，后者意味着只有当一个人的权利受到侵害时，才需要政府积极地提供救济。这两种“积极”作为具有根本的区别，就前者而言，没有他人的积极作为，一个人的“权利”根本就无法实现，不论此后是否会得到政府的救济；就后者而言，不需要他人的积极作为，一个人的“权利”就可以实现，只有当他人侵犯其权利时，他（她）才需要政府积极地提供救济，否则，根本无需政府的行动，其权利即可实现。比如，如果一个人对一块土地拥有所有权，只要他人不侵犯其所有权，其权利就可以通过“占有、使用、受益、处分”等功能得以实现，根本无需他人或者政府的积极作为，甚至在绝大部分情况下，都不需要政府的救济。他唯一需要政府救济的情形是，其土地所有权受到了侵犯，

---

① Holmes，Stephen and Cass R. Sunstein. 1999. *The Cost of Rights：Why Liberty Depends on Taxes*. New York：W. W. Norton & Co，p. 43.

② 格沃思（Gewirth）先生指出，霍姆斯和森斯坦在两个不同的意义上使用“积极”（positive）一词，其“所有权利都是积极权利”的说法根本就是同语反复（tautology）。见 Gewirth，Alan. 2001. “Are All Rights Positive?” Philosophy and *Public Affairs* 30(3)：321-333。

否则，政府只能在那里消极地等待，等待人们诉诸法律。在批评霍姆斯和森斯坦将所有权利都视为“积极权利”的主张时，格沃思（Alan Gewirth）举例说，美国人享有言论自由权和宗教自由权，难道不是因为美国政府“消极”地不干预人们的言论和宗教活动吗？而那些不享有这些自由权的民众，难道不是因为他们的政府拒绝“消极”地不干预人们的言论和宗教活动吗？怎能抹杀言论和宗教自由权的这种消极特征呢？[①] 可以想象，霍姆斯和森斯坦很难回答这样的质疑。

在哈耶克看来，“积极权利”或者“社会经济权利”的观念建立在一种错误的思维之上，仿佛“社会”负有向某人提供某种利益或者福利的义务。殊不知，“社会”不会思考、行动或者做出判断，不对任何人负有任何义务。向“社会”或者任何不负有特定义务的人或者组织主张权利，是毫无意义的。[②] 哈耶克指出：“没有人对于某种特定的事务状态拥有权利，除非某人有义务确保此种状态。我们没有房子不被烧掉的权利，没有产品或服务找到买家的权利，也没有（要求他人）供给我们特定的物品或者服务的权利。正义没有给我们的伙伴们强加一种供给我们（某种物品或者服务）的一般义务；此种供给的请求只能在我们恰为此目的而维持一个组织的程度上存在。谈论一种无人负有义务甚至没有权力造就的特定状态的权利，是毫无意义的。在对诸如社会一样的自生自发秩序提出请求的意义上谈论权利，同样是没有

① Gewirth, Alan. 2001. “Are All Rights Positive?” *Philosophy and Public Affairs* 30(3): 321–333, pp. 325–326.

② Hayek, F. A. 1982. *Law, Legislation and Liberty*, Vol. 2: *The Mirage of Social Justice*. London: Routledge & Kegan Paul, p. 103.

意义的，除非它意味着某个人有义务将宇宙转变为一个组织，因此掌握着控制其结果的权力。”[①]实际上，如果“积极权利”的主张得到满足，作为自发秩序的社会将不得不受制于人为的命令，人们将不得不服从统治者为满足特定需要而确立的计划和安排。[②]从这个意义上讲，“积极权利”与“消极权利”必然存在矛盾，正如哈耶克所言：“老的公民权利（civil rights）与新的社会经济权利不可能同时获得保障，事实上，它们互不相容；新的权利不可能在不摧毁旧的公民权利旨在建立之自由秩序的情况下通过法律得以落实。”[③]

20 世纪后半期以来，权利或者人权常常被划分为三个“代际”，即“第一代人权”（主要包括公民权利与政治权利）、“第二代人权”（主要包括社会经济与文化权利）以及“第三代人权”[诸如环境权、

---

① Hayek，F. A. 1982. *Law，Legislation and Liberty*，Vol. 2：*The Mirage of Social Justice*. London：Routledge & Kegan Paul，p. 102.

② Hayek，F. A. 1982. *Law，Legislation and Liberty*，Vol. 2：*The Mirage of Social Justice*. London：Routledge & Kegan Paul，p. 103.

③ Hayek，F. A. 1982. *Law，Legislation and Liberty*，Vol. 2：*The Mirage of Social Justice*. London：Routledge & Kegan Paul，p. 103. 早在一个半世纪以前，有“史上最杰出经济新闻人”（熊彼特语）之称的巴斯夏（Frederic Bastiat）就曾指出过“积极权利”与“消极权利”的不相容性。他说：“人们不仅想要法律公正，而且想要法律仁慈。他们不满足于正义应确保每个公民为其身体、精神以及道德之发展而自由且不侵犯他人地运用自己的能力；他们要求它在全国范围内直接地分配福利、教育以及道德。这是社会主义诱人的一面。”“但是，我再重复一遍，法律的这两个功能相互龃龉。我们必须二者选一。一个公民不可能同时是自由的和不自由的。拉马丁（M. de Lamartine）曾经给我写信说：‘阁下的原理只是我的方案的一半；阁下止步于自由；我则迈向博爱。’我的回复是：‘阁下方案的后一半将摧毁前一半。’实际上，对我而言，将‘博爱’与‘自愿’分开是完全不可能的。在我看来，通过**法律**执行博爱而不在**法律**上摧毁自由且将正义踩在脚下，是完全不可能的。”见 Bastiat，Frederic. 1995. *Selected Essays on Political Economy*. Trans. Seymour Cain. Ed. George B. de Huszar. New York：Foundation for Economic Education，pp. 64–65。强调为原文所有。

团结权（solidarity rights）或者群体权（group rights）等]。[1] 其实，只有“第一代人权”是真正意义上的权利，“第二代人权”和“第三代人权”都不是权利，或者说，都扭曲了权利的涵义。所有的“权利”都是个人或者个体的，群体或者集体——无论是一个族群还是一个派系——不享有权利，因为只有个人是道德存在（moral being），只有个人能够承担义务。[2] 无论是人们常说的“生存权”和“发展权”，还是所谓的“环境权”，都没有清晰明确的涵义，也没有特定的或者具体的义务对象。谁对一个群体的“生存”“发展”或者“环境”负有义务？负有何种义务？它是基于什么产生的？

就宪政的目的而言，它保护的是“基本权利”（fundamental or basic rights），亦称“宪法权利”（constitutional rights），诸如言论自由权、宗教自由权、财产权等。一般认为，之所以把这些权利界定为“基本权利”，是因为它们对人之为人具有根本重要性，对于人的价值和尊严至关重要。同时，它们的主要义务对象是政府或者公权力机关，或者说，政府或者公权力机关负有不得侵犯个人基本权利的义务。这些权利之所以重要，不是因为它们被写入了宪法，相反，他们被写入宪法是因为它们重要。并且，即使一项权利没有写入宪法，也不意味着它不是基本权利或者宪法权利，这是因为宪法难以列举或者没必要列举所有的基本权利。那么，究竟哪些权利是基本权利？哪些基本权利

---

① Griffin，James. 2008. *On Human Rights*. New York：Oxford University Press，p. 256.

② 虽然“法人”在法律上也享有某些权利，但它是一种法律上的拟制，其享有的权利完全是法律赋予的，且其法律上的权利是有限的。

应当写入宪法？有学者提出，一些权利之所以被视为“基本权利”，主要是因为它们对于规制政府权力具有重要的结构性作用，以及对它们的限制或者褫夺不可避免地损害共同体的自治特性。这种意义上的“基本权利”可以被分为两大类：政治参与性权利（political participation rights）和公正权利（fairness rights），前者包括言论自由权、结社自由权、宗教自由权、投票权等，后者包括正当程序权和平等保护权。[1] 从各国的宪政实践来看，生命权、自由权和财产权是公认的基本权利，自由权主要包括言论自由权、出版自由权、结社自由权、宗教自由权、游行示威自由权、人身自由权等。此外，持枪权、投票权、隐私权、迁徙自由权、平等保护权、正当程序权、获得律师辩护权等也常被视为基本权利。在很大程度上讲，将这些基本权利写入宪法是不会引起争议的。当然，在宪法中列举这些权利决不意味已经穷尽或者周全，决不意味着其他基本权利不应受到宪法的保护。正如《美利坚合众国宪法》第九修正案所言：“本宪法中对特定权利之列举，不应被解释为否定或者贬抑人民享有之其他权利。”[2]

其实，在起草 1787 年美国联邦宪法时，大多数起草者并不认为有必要在宪法中列举基本权利和自由，甚至认为这种列举可能带来坏处。汉密尔顿在《联邦主义文集》第八十四篇中的看法颇有代表性，他说：“曾有人几次正确指出，权利法案起源于国王与其臣民之间的约定，限

---

① Goodpaster, Gary S. 1973. “The Constitution and Fundamental Rights”, *Arizona Law Review* 15 : 479–519, pp. 508–509.

② Amendment IX of the Constitution of the United States of America:“The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.”

制特权以保护权利，保留某些权利拒绝交给国王。贵族以武力逼迫约翰王签署的《大宪章》即是如此。……因此，显而易见，根据权利法案最初的意图，它们不适用于专门建立在人民权力基础之上并由其直接选举的代表和仆人执行的宪法。在这里，严格而言，人民没有交出任何权利；由于他们保有所有的权利，他们没必要对特定的权利予以保留。”[1] 他接着说：“我进一步主张，就其获得支持的意义和程度而言，在提议的宪法中规定权利法案不仅是不必要的，而且甚至是危险的。它们将包括各种各样的权力未被授予的例外；正因为此，它们将为声称享有多于被授予权力的主张提供一种欺骗性的借口。因为，既然政府无权做某些事情，何必宣告其不得做这些事情呢？譬如，既然没有赋予政府对出版自由施加限制的权力，何必声明此种自由不应受到限制呢？我并非认为这样的规定将赋予政府管制的权力；但显然，它将为企图篡权的人士主张此种权力提供一种貌似有理的借口。他们也许装出一副有理的样子声称，不应该指责宪法规定禁止滥用未授予权力的荒唐性，禁止限制出版自由的规定明显意味着，全国性政府享有对其进行适当规制的权力。沉迷于权利法案的不明智热情，也许充当给予扩张性权力原理（doctrine of constructive powers）大量把柄的实例。”[2]

虽然汉密尔顿的看法在当时颇为流行，但由于反联邦主义者（anti-federalists）和一些民众对新宪法的反对，麦迪逊起草了“权利法案”，

---

① Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 445.

② Hamilton，Alexander，John Jay，and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. Ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis，IN：Liberty Fund，pp. 445-446.

并在经过修改和批准后成为联邦宪法的前十条修正案[1]，规定了言论自由、宗教自由、持枪权、陪审团审判权、获得律师辩护权等基本权利和自由。此后，世界各国的成文宪法大都包括了权利法案和政府架构两个部分，尽管各国权利法案的内容差别很大，尽管一些国家宪法中的权利法案不过是个摆设。虽然权利法案或者基本权利和自由条款在当今世界被认为是立宪不可或缺的内容，但没有适当的政府架构，权利法案并不会自动发挥作用。即使在宪法中列入再多的基本权利和自由，倘若没有分权制衡的基本框架，没有司法独立和违宪审查等制度安排，那些基本权利和自由也不过是镜中月、水中花。因此，不能从一部宪法中列入的基本权利和自由来判断其高下，关键还要看其政体架构，看其能否有效地制约政府的权力。这一点，只要看看美国“权利法案”的历程就不难明白。那里的言论自由、宗教自由等基本权利和自由之所以获得有效的保护，并不是因为它们被写入了1787年宪法，而是因为那部宪法确立了三权分立和联邦主义的双重分权架构，因为它保证了司法独立，而法官们又在司法过程中确立和捍卫了司法审查。第一修正案无法自动地保护个人的言论自由，它的保护依赖权力受到制约的分权制衡安排，依赖独立的法官在大量判例中运用司法审查捍卫言论自由的努力。美国言论自由的历史不在第一修正案的寥寥文字中，而在成百上千个司法判例中。没有法官们对违宪审查的运用以及

---

① 对于麦迪逊利用“权利法案”挽救1787年联邦宪法的努力，参见Goldwin，Robert A. 1997. *From Parchment to Power : How James Madison Used the Bill of Rights to Save the Constitution*. Washington，DC : AEI Press。

对言论自由的不断阐释和卫护，第一修正案只不过是一个摆设。这也许能从一个侧面说明为什么在那些没有成文宪法的国家依然有可能存在宪政，诸如英国、以色列、新西兰等。

在接下来的两节中，笔者将集中讨论言论自由和财产权，主要是因为囿于篇幅，并不意味着它们比其他的基本权利和自由更加重要。一个附带的考虑是，言论自由和财产权或许对于宪政转型扮演着更加重要的角色。尽管一般而言，只有在一个社会确立宪政之后，言论自由、财产权以及其他基本权利和自由才能获得有效的保护，但这并不意味着在前宪政社会里，各项基本权利和自由都不受任何保护。其实，前宪政社会和宪政社会的基本区别之一是，基本权利和自由受到保护的程度不同，达到了一定程度之后，一个前宪政社会就转变成了一个宪政社会。当然，即使在宪政社会或者非宪政社会的同一群体里，对基本权利和自由的保护也可能存在差别，一些宪政社会比另一些保护得更好，一些前宪政社会比另一些保护得更坏。就处于转型时期的社会而言，一定程度的言论自由和财产权保护或许有助于其从前宪政社会过渡到宪政社会，反过来，转型成功之后，宪政社会对言论自由和财产权的保护会更加有效。也就是说，言论自由和财产权与宪政的关系可能是双向的。无疑，这一主张的证实需要经验证据的支持，但这超出了本书的范围，因为这里的主要任务是考察言论自由和财产权的意涵和价值，而不是探讨宪政转型的命题。

二 言论自由

根据宪法史家利维（Leonard W. Levy）的研究，“言论自由”一词起源于英国议会争取自由辩论权利的过程中，意指议员在议会的言论免受法律上的处罚。[①]1689年英国《权利法案》规定：“议会内之言论自由、辩论或者议事之自由，不应在议会之外的任何法院或者其他地方受到弹劾或者讯问。”[②]它并未提及公民的言论自由，实际上，言论自由在那时尚未被视作个人的基本权利。作为公民权利之“言论自由”的出现是较为晚近的事情，到了18世纪后半期才逐步得到承认，因为“直到人们相信其观点——尤其是其宗教观点——的真实性是相对的而非绝对的之后，直到国王和议会感到足够强大和稳定而能无视政治批评之后，直到人们认为他们自己是主权的源泉，是政府的主人而非仆

① Levy, Leonard W. 1985. *Emergence of a Free Press*. New York：Oxford University Press, p. 3.

② 原文为："The freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament"。

人之后，言论自由和出版自由才可能成为一项公民自由。”[①]

在 18 世纪之前，公民批评政府或者官员的言论一般不受保护，常常受到“叛国罪”“煽动性诽谤罪”（seditious libel）等罪名的指控。在普通法的历史上，煽动性诽谤罪长期是限制公民言论自由的最有力武器之一。根据布莱克斯通的观点，任何通过文字、符号或者图片等形式为使政府官员遭受公众痛恨、蔑视和嘲笑而对其进行的公开恶意中伤（malicious defamations），均构成煽动性诽谤。并且，言论内容的真实性与否对于构成此罪无关紧要，因为它所惩罚的是言论的煽动性（provocation），而不是其虚假性（falsity），尽管虚假的言论会招致更严苛的刑罚。即使是真实的言论，只要它倾向于引起公众对政府的敌视以及公共秩序的破坏，也要受到煽动性诽谤的指控。[②] 设立该罪的逻辑是，政府不应当受到批评，否则民众将会憎恶它，而这将危及政府的存在。王座法院首席法官霍尔特（John Holt）在 1704 年的一个案件中曾说，毁誉政府的行为必须受到惩罚，因为“如果激发民众贬损政府的人不受处罚，政府将无法存在下去。因为所有政府存在所必需的是，民众对其评价良好。而对任何政府而言，没有什么比致力于引发对政府管理的仇视更加糟糕的了；这总是被视为一种犯罪，没有这种

① Levy，Leonard W. 1985. *Emergence of a Free Press*. New York：Oxford University Press，p. 5.

② Blackstone，William. 1893. *Commentaries on the Laws of England*. (In Four Books and Two Volumes)，Vol. 2-Books III & IV. Philadelphia：J. B. Lippincott Company，p. 430.

罪名，任何政府都是不安全的。"[①]煽动性诽谤罪的危险在于，它的含义存在着固有的模糊性，它"是一个手风琴般的概念，法官可随意扩大或者缩小解释"[②]。任何对政府的批评都容易被解释为贬损了政府在公众心目中的形象，使人们蔑视或者痛恨政府，或者对公共秩序构成威胁，因而构成煽动性诽谤罪。[③]在很大程度上讲，这个罪名就是一把钳制人们指摘或者批评政府的利器。

在煽动性诽谤罪流行的年代，发生于1735年的"曾格案"（The Trial of John Peter Zenger）对于言论自由的推进起了十分重要的作用，被认为是英美言论自由史上的里程碑案件。[④]曾格是殖民地纽约的一位出版商，他出版的《纽约周报》（*New York Weekly Journal*）时常批评总督科斯比（William Cosby）及其政策措施。1734年，科斯比下令逮捕曾格，指控其触犯煽动性诽谤罪，次年对其进行审判，当时北美知名律师安德鲁·汉密尔顿（Andrew Hamilton）为他进行了无罪辩护并成功说服了陪审团。汉密尔顿在该案中提出了两个重要的法律规则：（1）真实的言论不构成诽谤；（2）陪审团不仅有权审理事实问题，而且有权审理法律问题，有权做出有罪或者无罪的裁决。这直接挑战了普通

---

① Rex v. Tuchin, in Thomas Bayly Howell, comp., *A Complete Collection of State Trials to 1783*, continued by T. J. Howell to 1820 (London, 1816–28, 34 vols.), 14：1095, 1128 (1704), quoted in Stephen, *History of the Criminal Law in England*, 2：318. 转引自 Levy, Leonard W. 1985. *Emergence of a Free Press*. New York：Oxford University Press, p. 9。

② Levy, Leonard W. 1985. *Emergence of a Free Press*. New York：Oxford University Press, p. 8.

③ Levy, Leonard W. 1985. *Emergence of a Free Press*. New York：Oxford University Press, p. 8.

④ Crosman, Ralph L. 1938. "The Legal and Journalistic Significance of the Trial of John Peter Zenger", *Rocky Mountain Law Review* 10：258–268, p. 267.

法上长期适用的两个针锋相对的诽谤法律规则：（1）言论的真实性不构成刑事诽谤指控的抗辩理由；（2）陪审团只能裁决事实问题，不能裁决法律问题，不能决定一个人是否有罪。这两点在英美宪政史上都具有开创性意义。长期以来，普通法上的诽谤规则是，言论的真实性不构成煽动性诽谤的抗辩事由，甚至奉行“言论越真实，诽谤越严重”的教义，因为那时的法律迷恋“国王不可能犯错”（The King can do no wrong.）的信条。[①] 这一规则建立在这样的假设基础之上，即真实的言论更可能激发被抨击一方采取报复行为，进而破坏王国秩序和社会治安，而错误的言论则可能被轻蔑地忽略。[②] 作为一场带有政治意义的审判，“曾格案”被美国“国父”古弗尼尔·莫里斯（Gouverneur Morris）视为“美国自由的发端——那颗自由的启明星后来使美国发生了革命性的变化。”[③] 然而，该案并未终结普通法上的煽动性诽谤罪，并未终结对批评政府言论的惩罚。

实际上，即使到了18世纪中期，不少法律家对言论自由的看法依然和今天差别很大，他们大多将其等同于没有事先的言论限制，并不认为煽动性诽谤与言论自由之间存在矛盾。在他们看来，只要没有**事先的**限制，就不构成对言论自由的侵犯；如果对政府进行了不当批评，

---

① Nelson, Harold L. 1959. “Seditious Libel in Colonial America”, *American Journal of Legal History* 3(2): 160–172.

② Levy, Leonard W. 1985. *Emergence of a Free Press*. New York: Oxford University Press, pp. 127–128.

③ Adams, William Howard. 2003. *Gouverneur Morris: An Independent Life*. New Haven: Yale University Press, p. 11.

则事后应当受到惩罚。譬如，布莱克斯通就曾说：“诚然，出版自由对于一个自由国家是必需的；但是，这意味着对出版物没有事先的限制，而不是出版之后免受刑事处罚的自由。每一个自由人都有在公众面前随意表达其观点的无可置疑的权利；禁止这种权利就是摧毁出版自由，但是，如果他出版了不适当的、恶意中伤的或者非法的东西，他必须为自己的鲁莽承担后果。让出版物受制于一个审查者的限制性权力，正如以前所做的那样——既包括（光荣）革命之前也包括革命之后，就是让表达意见的所有自由受制于一个人的偏见，使其成为知识、宗教和政府领域中所有可争论观点的任意武断且不会犯错的法官。但是，惩罚出版之后经由公平公正的审判认定有害的任何危险或者冒犯性作品——正如现行法律所做的一样，对于和平安宁和良好秩序的维持以及政府和宗教的保全是必需的，而这些是公民自由的唯一牢固基础。因之，个人的意志仍然是自由的；只有此种自由意志的滥用才是法律惩罚的对象。这里并未对思想或者言论自由施加任何限制，私人表达看法的自由仍然存在；散布或者传播危害社会的目的之糟糕看法，系社会应惩治的犯罪行为。对这一问题颇有研究的一位学者说，一个人可以在其壁橱里储藏毒药，但不可以将其作为兴奋剂公开售卖。我们也许可以补充说，迄今为止，用来支持限制出版的唯一貌似有理的看法是正当的出版自由（just freedom of the press），如果能够表明，通过法律的及时执行，出版自由不可能为了糟糕的目的被滥用而不招致适当的惩罚，那么，‘必须阻止对出版自由的日常滥用’将完全失去其意义；尽管在审查官的控制之下，出版自由决不可能用于良好的目的。

人们真的会发现，处罚放肆的出版物就是维护出版自由。”[①]

将言论自由当作一项不可剥夺的基本权利，与美国的独立和立宪试验密不可分。杰斐逊在1787年初的名言或许能反映出当时不少政治家对言论自由的看法，他说：“我们政府的基础是人民的舆论，第一要务应当是维护此项权利；如果让我来决定我们是要一个没有报纸的政府还是没有政府的报纸，我将毫不犹豫地选择后者。”[②]虽然此后不久起草的联邦宪法里没有写入言论自由，但在反对者的要求下，作为前十条修正案的《权利法案》明确规定了国会不得立法限制言论自由（第一修正案）。尽管如此，对言论自由的保护仍然经历了曲折的历程，譬如，1798年国会制定了惩治外国人与煽动叛乱的四项法案（*Alien and Sedition Acts*），限制了言论自由，不过，在杰斐逊和麦迪逊等人的极力反对下，这些法令只是昙花一现。[③]然而，几乎是在进入20世纪之后，现代意义上的言论自由原理才得到较大发展，言论自由才受到可靠而有效的宪法保护。今天，所有的宪政民主政体都把保护言论自由作为一项主要任务，言论自由也成为判断一个社会是否自由的主要标

---

① Blackstone, William. 1893. *Commentaries on the Laws of England*. (In Four Books and Two Volumes), Vol. 2-Books III & IV. Philadelphia: J. B. Lippincott Company, pp. 432-433. 强调为原文所有。

② Jefferson, Thomas. 1904. *The Works of Thomas Jefferson*. Vol. 5. Ed. Paul Leicester Ford. New York: G. P. Putnam's Sons, p. 253.

③ 1798年，杰斐逊和麦迪逊分别起草了《肯塔基决议》（*Kentucky Resolution*）和《弗吉尼亚决议》（*Virginia Resolution*），批评国会通过的惩治外国人与煽动叛乱法案，声明其违反了联邦宪法，侵犯了邦权（states' rights）。关于惩治外国人与煽动叛乱法案及其引发的争论，参见 Feldman, Stephen M. 2008. *Free Expression and Democracy in America: A History*. Chicago: University of Chicago Press, pp. 70-100; Curtis, Michael Kent. 2000. *Free Speech, "The People's Darling Privilege": Struggles for Freedom of Expression in American History*. Durham: Duke University Press, pp. 52-79。

志之一。

那么，为何要保护言论自由？其价值何在？一般而言，言论自由至少有四种价值。首先，它有助于个人自我实现（individual self-fulfillment）。[①] 人存在的目的是实现自己的个性与潜能，每个人在发展自己的个性时，离不开对自己信念和观点的表达，因为表达是观念和心智发展不可分割的一部分，压制信念、观点以及表达就是对人的尊严和人性的否定。虽然人是社会和政治动物，但社会或者政治共同体本身不是目的，其目的是促进个人的福祉，促进每个个体的发展。从这个意义上讲，言论自由本身就是社会的目的，就是一种价值，为了实现其他目的——比如平等、正义——而压制言论自由是不可接受的，虽然人的行动可以在特定的条件下受到限制。思想和交流是表达个性的源泉，言论自由对其他自由而言具有根本重要性。[②] 正如托马斯·戈登（Thomas Gordon）所言："没有思想自由，就不可能有智慧这种东西；没有言论自由，就不可能有公共自由（public liberty）这种东西，言论自由是每个人的权利，只要它的行使不侵犯或者妨碍他人的权利；这是对它唯一的限制，它应该了解的唯一边界。""这种神圣的权利对自由政体是如此必要，以至于财产安全和言论自由总是相伴共生；在一个人不能声称其拥有自己舌头的那些糟糕国家，他几乎不能称自己拥有任何其他东西。无论何人企图摧毁一个国家的自由，必定始于压制

① Emerson, Thomas I. 1963. "Toward a General Theory of the First Amendment", *Yale Law Journal* 72(5): 877–956, p. 879.

② Emerson, Thomas I. 1963. "Toward a General Theory of the First Amendment", *Yale Law Journal* 72(5): 877–956, pp. 879–881.

言论自由；这是公共叛国贼干的可怕事情。”[①]

其次，言论自由有助于发现真理。为了发现真理，必须允许人们有自由思想和言论，因为只有这样，才能将各种事实和观点呈现出来。每个人都会犯错，只有让人们进行自由表达和交流，才能发现和改正错误，获致真理。英国诗人弥尔顿（John Milton）1644 年提出了这种看法[②]，但其最著名的倡导者是约翰·密尔（John Stuart Mill）。他的著名论证是，被压制的观点也许是正确的，否认这一点，就等于假定我们自己不可能犯错；即使被压制的观点是错的，它也可能包含部分真理，由于流行的观点不是全部真理，只能通过不同观点的碰撞发现余下的真理；即使公认的观点是全部真理，除非它遭受有力而真诚的挑战，持有它的大多数人也几乎不解其原理，并且，这种观点本身的含义面临消失、削弱以及失去影响人们品行的危险，阻碍源于理性或者个人经验的真实信念的生长。[③] 这种论证常被喻为“思想的市场”（marketplace of ideas），经由大法官霍姆斯（Oliver Wendell Holmes，

---

① Trenchard，John and Thomas Gordon. 1995. *Cato's Letters，or Essays on Liberty，Civil and Religious，and Other Important Subjects*. Four Volumes in Two. Ed. Ronald Hamowy. Indianapolis：Liberty Fund，p. 110. 卡多佐大法官（Justice Cardozo）曾说，思想与言论自由“是几乎所有其他自由的源泉和必要条件”。见 Palko v. State of Connecticut, 302 U.S. 319, 327 (1937)。布莱克大法官（Justice Black）亦曾指出：“我总是相信，第一修正案是我们政府的基石，它所保护的自由为防止所有自由的毁灭提供了最好的保障。”见 Dennis v. United States，341 U.S. 494，580 (1951)。

② 在其著名的关于出版自由的演讲中，弥尔顿指出：“尽管所有观点都可以在大地上随意传播，但**真理**已经披甲上阵，如果我们怀疑其力量而审查和禁止她，就一定会伤害她。让她与**错谬**搏斗，谁曾听说过**真理**在一个自由而公开的交战中败下阵来？”见 Milton，John. 1918. *Areopagitica*. Cambridge：Cambridge University Press. p. 58。强调为原文所有。

③ Mill，John Stuart. 1956. *On Liberty*. Ed. Currin V. Shields. Indianapolis，IN：Bobbs-Merrill Company，Inc，p. 64.

Jr.）在“艾布拉姆斯诉美利坚合众国案”[1]中阐发后得以流行，并成为解释美国宪法第一修正案的重要理论之一。他在该案的著名异议意见中指出，人们“渴望的至善通过思想的自由交流更有效地达致——真理的最好检验标准是思想的力量在市场竞争中自动被接受，真理是其愿望得以可靠实现所能依赖的唯一基础。”[2]

再次，言论自由有助于政治参与和公共决策。民主意味着自治（self-governance），意味着广泛的政治参与，意味着民众能够决定或者影响公共政策，而这要求他们能够表达自己的看法和见解，能够对公共事务发表意见。言论自由不仅为政府的决策提供必要的信息，而且迫使政府回应民众的需求。实际上，民主政体的有效运作离不开言论自由。[3]米克尔约翰（Alexander Meiklejohn）是这种观点的代表人物，他曾说：“言论自由原则源于自治纲领的需要。它不是抽象的自然法或者理性法则。它是从公共问题应通过普选决定这一根本美国契约推论出来的。”[4]“恐惧任何思想，都与自治不容。第一修正案绝不赞成对任何事关公共福祉的思想的压制。思想的自由不应受到限制。”[5]不过，米克尔约翰并非主张所有的言论都受到言论自由原则的保护，相反，他

---

① Abrams v. United States，250 U.S. 616 (1919).

② Abrams v. United States，250 U.S. 616，630 (1919).

③ Emerson，Thomas I. 1963. “Toward a General Theory of the First Amendment”，*Yale Law Journal* 72(5)：877-956，p. 883.

④ Meiklejohn，Alexander. 1948. *Free Speech and Its Relation to Self-government*. New York：Harper & Brothers，pp. 26-27. 强调为原文所有。

⑤ Meiklejohn，Alexander. 1948. *Free Speech and Its Relation to Self-government*. New York：Harper & Brothers，p. 27.

认为只有公共言论（public speech）——即涉及公共利益的言论——才受到其保护。他指出："第一修正案并非保护所有的言论。它只保护与选民不得不处理之事直接或者间接相关的言论——因此只保护涉及公共利益的言论。另一方面，私人言论（private speech）或者事关私人利益的言论，无论如何都不受第一修正案的保护。如果人们之间发生了涉及私人利益、私权利、私人财产的争论、辩驳、鼓动或者煽动性言论——正如我们常常如此做的一样，我们的举动当然受到'正当程序'的保护。但是，第一修正案对此毫不关心。"[①] 米克尔约翰认为，这种植根于民主或者自治的言论自由理论并不要求每个人都参与公共论辩，也不能确保每个人都有机会表达自己的看法，相反，它主张，"重要的不是每个人都应发表言论，而是所有值得发表的言论都应被发表。"[②]

最后，言论自由有助于维持社会稳固与变迁之间的平衡，防止暴力革命的发生。言论自由给人们提供表达不同看法并形成理性判断的机会，让人们学会说理以及接受自己不赞成的决策。在言论自由受到保护的社会里，人与人之间既保持着健康的分歧，又存在着必要的共识。压制言论自由将使强力代替说理，人为制造社会成员之间的裂痕，即使存在表面上的思想统一，也无法掩盖他们之间的冲突与矛盾。同时，由于言论自由给人们提供了提出新思想和新观点的机会，保护言

① Meiklejohn, Alexander. 1948. *Free Speech and Its Relation to Self-government*. New York: Harper & Brothers, p. 94.

② Meiklejohn, Alexander. 1948. *Free Speech and Its Relation to Self-government*. New York: Harper & Brothers, p. 25.

论自由的社会通常具有灵活性和自我革新能力，能够适应新的变化。相反，压制言论自由则让一个社会变得僵化、停滞，难以适应时代的需要。还有，言论自由给心存不满或者持有异见的人们提供一个“出气筒”，让各种问题暴露出来以引起社会的关注，并得到及时的解决。压制言论自由只是将矛盾或者冲突暂时“隐藏”起来，并不能消除或者解决问题，相反，这必然引发更大的不满和危机，致使妥协难以达成，结果可能是发生革命。[①]

尽管还有其他为言论自由辩护的进路[②]，但这四种学说在学界和司法领域影响较大。有的理论家笃信言论自由的某一种价值，有的则认为其价值不是单一的，而是多元的，这几种价值之间不存在孰优孰劣或者相互排斥的关系。美国联邦最高法院的法官们似乎也认可言论自由价值多元的看法，其典型表现如布兰代斯大法官（Justice Brandeis）在“惠特尼诉加利福尼亚案”（Whitney v. California）[③] 中表达的附随意见。他写道：“那些为我们赢得独立的先贤们相信，国家的最终目的是让人们自由地发展其能力，在其政府中，商讨的力量应当胜过专断的力量。他们珍视自由，认为自由既是目的也是手段。他们相信，幸福

---

① Emerson, Thomas I. 1963. “Toward a General Theory of the First Amendment”, *Yale Law Journal* 72(5) : 877–956, pp. 884–886.

② 譬如，有学者主张，保护言论自由的理由不在于实现某种特定的价值，而在于对政府的不信任，不信任其规制言论或者区分真理与谬误的能力，经验表明，政府对言论的审查和规制经常是带有偏见或者错误的。如果承认政治决策者也会犯错的话，那么，没有理由信任他们更有能力做出合理的判断。参见 Schauer, Frederick. 1982. *Free Speech : A Philosophical Enquiry*. New York : Cambridge University Press ; Schauer, Frederick. 1989. “The Second-Best First Amendment”, *William and Mary Law Review* 31(1) : 1–23。

③ 274 U. S. 357 (1927).

的秘诀是自由，自由的秘诀是勇气。他们相信，自由地想你所想以及自由地表达所思，是发现和传播政治真理（political truth）的必要手段；没有言论自由和集会自由，讨论就是一句空话；有了言论自由和集会自由，讨论通常即可提供防止有害思想传播的充分保护。对自由的最大威胁是，民众缺乏生气活力。公共讨论是一项政治义务，这应是美国政体的根本原则。他们认识到所有人类制度易受的危险，但他们知道，不可能只靠对违法行为惩罚的恐惧来确保秩序。抑制思想、希望和想象力是危险的，恐惧滋生压迫；压迫滋生仇恨，仇恨危及政府的稳定。安全之路在于让人们自由讨论可能的不满和提议的救济，对坏意见（evil counsels）的适当救济是好意见。他们相信适用于公共讨论的理性的力量，避免法律强制下的沉默——使用强力的最坏理由。他们认识到偶尔会发生的多数的暴政，因此对联邦宪法进行了修正，以使言论自由和集会自由受到保护。”① 显而易见，在这段广为传诵、影响深远的判词中，布兰代斯提到了几乎所有的主要言论自由理论。

尽管言论自由有着重要的价值，但如何保护言论自由是一个颇有挑战性的问题，因为什么样的言论应得到何种程度的保护，甚至什么构成言论等，都不是不言自明的。无疑，仅仅在宪法上写入言论自由是远远不够的，还必需一些具有可操作性的司法原则和规则。大致说来，存在着两种保护言论自由的进路：一种是对言论进行类型化（categorization），并根据不同类型确立不同的保护标准；另一种是进

---

① Whitney v. California，274 U. S. 357，375 (1927).

行利益衡量（balancing），比较言论自由的利益与政府规制言论的利益。[①]类型化的方法常常把言论分为受保护的言论与不受保护的言论[②]，受保护言论的核心是政治性言论（political speech），亦称“核心政治性言论”（core political speech）。它受到最高程度的保护，政府对这种言论的规制受到最严格的审查。虽然难以准确地界定什么是政治性言论，但它通常是指那些涉及政治事务或者公共事务的言论，美国联邦最高法院曾将核心政治性言论宽泛地理解为“事关政治变迁的互动性交流”（interactive communication concerning political change）。[③]有一些言论虽然也受到保护，但与政治性言论相比，受到的保护程度较低，诸如商业性言论（commercial speech）——公司或者个人以盈利为目的发表的言论。[④]这种言论之所以受到宪法保护，是因为商业信息的自由流动合乎公共利益，对于一个以私有企业制度为基础的社会是必需的。[⑤]只有当商业性言论涉及非法活动或者具有误导性，政府规制此种言论的利益重大并能够直接促进该利益，且其达到严丝合缝要求时，

---

① Sullivan，Kathleen M. 1992. “Post-Liberal Judgment：The Roles of Categorization and Balancing”，*University of Colorado Law Review* 63：293-317.

② 也有的分类系针对政府的规制而言，比如将其分为“基于内容的规制”（content-based regulation）和“内容中性的规制”（content-neutral regulation）或者“时间、地点与方式的规制”（time，place，and manner regulation）。

③ Meyer v. Grant，486 U.S. 414，422 (1988).

④ 构成“商业性言论”须同时满足四个条件：（1）言论的内容仅仅在于提议商业交易；（2）言论的内容可被当作广告；（3）言论的内容指涉一件具体的产品；（4）传播者发表此种言论是出于经济目的。见 Bloger v. Youngs Drug Products Corp.，463 U.S. 60(1983)。

⑤ Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council，425 U.S. 748 (1976).

才能受到限制。[①]

还有一些言论，被认为一般不受宪法的保护，比如煽动非法行动的言论（incitement）、诽谤性言论（defamation）、挑衅性言论（fighting words）、淫秽言论（obscenity）等。但这并不意味着，政府可以随意限制或者完全禁止这些言论，而是存在着诸多例外。譬如，对于煽动非法行动言论的规制，不能惩罚纯粹的倡导（advocacy），而是要求其旨在煽动或者招致即刻的非法行动（imminent lawless action）或者可能煽动或者引起这样的行动。[②] 在历史上，判断此种言论是否受到保护的标准主要是“不良倾向准则”（bad tendency test）和“明显而即刻的危险准则”（clear and present danger test）。前者源于普通法，一般而言不利于保护言论自由，因为它允许政府惩罚任何有伤害公共福祉倾向的言论；[③] 后者出现于20世纪，对于言论自由的保护前进了一步，因为它只允许政府惩罚招致或者意图招致明显而即刻的危险以致引发实质性危害的言论。[④] 然而，不少人批评“明显而即刻的危险准则”不利于保护言论自由，譬如，米克尔约翰就曾指出其五大缺陷：（1）该准则否定或者忽略了自由的公民享有两种不同公民自由的事实，作为法律的制定者，他们有要求一项绝对自由（absolute freedom）的义务和

① Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Serv. Comm'n of N. Y.，447 U.S. 557 (1980).

② Brandenburg v. Ohio，395 U.S. 444 (1969).

③ Rabban，David M. 1997. *Free Speech in Its Forgotten Years*. New York：Cambridge University Press，pp. 132–146.

④ “明显而即刻的危险准则”主要由霍姆斯和布兰代斯大法官等人提出和发展，参见 Schenck v. United States，249 U.S. 47 (1919). Abrahams v. United States，250 U.S. 616 (1919)；Whitney v. California，274 U.S. 357 (1927)；Dennis v. United States，341 U.S. 494 (1951)。

责任，但作为法律的服从者，他们的财产和权利享有相对的自由；（2）该准则未能清楚区分针对公共政策的言论和针对私人事务的言论；（3）该准则未能认识到，政府倡导或者煽动非法行动的言论是不受限制的；（4）该准则认为言论自由只是一个工具，当出现威胁到公共福祉的危险时，应该被放弃，但是，正是这些危险的出现迫使我们记住，政府是建立在被统治者同意基础之上的；（5）该准则事实上取消了言论自由，对我们的国民教育是一个灾难性打击，否定了人们能够通过自由的公共讨论实现自治的信念。[①] 他进一步评论道："不受限制的公共讨论自由是我们政府立足的基石。有了这样的根基，我们不应当在面临任何明显而即刻——甚至是可怕——的危险时退缩。"[②] 也有学者指出，"明显而即刻的危险准则"的问题在于，它假定了不良言论总是招致不良行动，假定听者缺乏自由选择是否采取行动的能力；因此，为了更好地保护言论自由，只有符合下列三个条件的言论才应受到惩罚：（1）言论者发表言论的具体意图就是引起非法伤害；（2）言论招致的伤害事实上发生了；（3）言论者的表达征服了听者的意志。[③]

诽谤性言论虽然一般不受宪法的保护，但如果涉嫌诽谤的对象是政府官员或者公众人物，则另当别论。譬如，著名的"纽约时报公司

---

① Meiklejohn，Alexander. 1948. *Free Speech and Its Relation to Self-government*. New York：Harper & Brothers，pp. 89–90.

② Meiklejohn，Alexander. 1948. *Free Speech and Its Relation to Self-government*. New York：Harper & Brothers，p. 91.

③ Dow，David R. 1998. "The Moral Failure of the Clear and Present Danger Test"，*William & Mary Bill of Rights Journal* 6(3)：733–752；Dow，David R. and R. Scott Shields. 1998. "Rethinking the Clear and Present Danger Test"，Indiana Law Journal 73(4)：1217–1246.

诉沙利文案”（New York Times Co. v. Sullivan）[①] 判决指出，除非能够证明对政府官员的诽谤具有“实际恶意”（actual malice）——明知言论虚假或者玩忽放任其真假于不顾，否则，此种言论受到言论自由的保护，即使它不合乎事实。这一案件的重要性在于，它不仅强调了民众对公共问题的辩论应当是“不受抑制的、充满活力的以及高度开放的”（uninhibited，robust，and wide-open）[②]，对政府及其官员的批评可以是“激烈的、尖刻的以及有时难听刺耳的”[③]，而且提出了即使不真实的批评政府言论也受到宪法保护的原则。布伦南大法官（Justice Brennan）说：“强迫批评官员行为者确保其所有事实表达的真实性规则——并以对诽谤进行无限的损害赔偿作为威慑——导致一种类似的‘自我审查’（self-censorship）。允许以真实性作为抗辩理由并让被告负有举证责任，并不意味着只有虚假的言论才会被阻遏。根据这一规则，本来想要批评官员行为的人也许不敢发表其批评意见，甚至即使这种意见被相信是真实的以及事实上的确如此，因为他们担心能否在法庭上证实它或者担心如此做所支付的费用。他们倾向于只说‘远远绕开法律是非之地’的话。因此，这一规则抑制公共讨论的活力，限制公共讨论的多样性。”[④] 从真实性作为诽谤抗辩理由到放松对真实性的要求，在言论自由史上是一个重大改变，给民众批评政府及其官员提供了史无前例的有力保障。

---

① 376 U.S. 254 (1964).

② New York Times Co. v. Sullivan，376 U.S. 254，270 (1964).

③ New York Times Co. v. Sullivan，376 U.S. 254，270 (1964).

④ New York Times Co. v. Sullivan，376 U.S. 254，279 (1964).

后来，“纽约时报案”的司法标准又扩展到了“公众人物”（public figure）身上。这意味着，对公众人物的诽谤也适用“实际恶意”的规则。首席大法官沃伦（Chief Justice Warren）指出，公众人物像政府官员一样，“经常在型塑社会方面扮演有影响的角色。并且，无可置疑的是，作为一个阶层，这些‘公众人物’像‘政府官员’一样容易接近大众传媒以影响政策和反驳对他们言行的批评。我们公民对这些人的行为有着正当而实质的关心，对他们介入公共问题和事件的不受抑制的自由争论和出版，正如对‘政府官员’的言行自由讨论一样关键。”[①] 问题在于，如何界定“公众人物”？或者说，什么样的人才能算“公众人物”？大致说来，存在三种类型的公众人物：（1）全方位的公众人物（all purpose public figures），指那些占据了有说服力和影响力的职位、广泛介入公共事务或者声名远扬的人；（2）有限问题领域的公众人物（limited purpose public figures），指那些主动介入特定公共纷争的前沿阵地中去，以影响所涉问题的解决方案的人，取决于其参与特定纷争的性质和范围，主要看其是否寻求并和新闻媒体讨论了相关问题、是否主动卷入公共问题的漩涡中去以及是否引起公众的注意并企图影响事件的结果等；（3）非自愿的公众人物（involuntary public figures），指那些并非由于自己的故意行为而为公众知晓的人，这类“一不小心”出现的公众人物较为少见。[②]

---

① Curtis Pub. Co. v. Butts，388 U.S. 130，164 (1967).

② Gertz v. Robert Welch，Inc.，418 U.S. 323 (1974)；Time，Inc. v. Firestone，424 U.S. 448 (1976)；Eaton，Joel D. 1975. “The American Law of Defamation through Gertz v. Robert Welch，Inc. and beyond：An Analytical Primer”，*Virginia Law Review* 61(7)：1349–1451，pp. 1421–1422.

判断言论是否应受保护的另一条路径是利益衡量。与类型化的方法不同，利益衡量旨在于不同的利益之间进行比较，根据具体情景和因素决定特定的言论是否应当受到保护。大法官法兰克福特（Justice Frankfurter）对这一方法的经典表述是："绝对的规则会不可避免地导致绝对的例外，这样的例外最终会腐蚀规则。民主社会中言论自由的要求以及国家安全利益，通过在司法过程范围内对竞争性利益的公正而明智的比较，能比宣布那些因过分僵化而不能解决非欧几里得式（no-Euclidian）问题的教条更好地得到维护。"[1] 汉德法官（Learned Hand）对利益衡量方法的表达似乎更加简洁："在每一个案件中，法院必须追问该'危害'—— 在考虑到其不可能性之后——的严重性，能否证明此种为避免危险而必需的对言论自由的侵犯具有正当性。"[2]对于利益衡量方法的适用，或许可以从几个涉及"象征性言论"（symbolic speech）的判例中看出法院的逻辑和推理。譬如，在"焚烧征兵卡案"（United States v. O'Brien）中，判决指出，当"言论"和"非言论"的因素混合在同一个行为中时，政府的规制行为是否具有充分的理由需要从四个方面来判断：（1）政府的规制权力是否在宪法授权范围内；（2）政府的规制是否促进一项重要的或者实质性的利益；（3）政府的利益是否与压制自由表达无关；（4）对言论自由的附带限制是否小于促进此种利益所必需。如果对这四个问题的回答都是肯定的，那么，

---

① Dennis v. United States，341 U.S. 494，524-525 (1951).

② 这是汉德法官在"丹尼斯案"（Dennis v. United States）的上诉审中表达的看法，得到了联邦最高法院的认同并在终审判决中引用了它。见 Dennis v. United States，341 U.S. 494，510 (1951)。

政府的规制就站得住脚，否则，就侵犯了公民的言论自由。[1]在著名的"焚烧国旗案"（Texas v. Johnson）中，法官同样适用了利益衡量的方法。其判决指出，虽然政府有着维护作为国家象征之国旗的利益，但政府无权惩罚一个通过焚烧国旗表达政治抗议的人，因为这是对言论自由的压制；维护国旗的特殊地位和国家统一不是惩罚那些焚烧国旗的异议者，而是晓之以理、以理服人，通过惩罚对国旗的亵渎而使其神圣化将损害它所体现的自由；对焚烧国旗者不予惩罚，不仅不会削弱而且还会加强它在一个社会中的重要地位，体现其代表的自由、包容与力量。[2]

利益衡量的方法通常包括三个不同的审查标准：（1）严格审查标准（strict scrutiny test），即对政府的规制进行最为严格的审查，它要求政府规制言论的利益必须强有力或者令人信服（compelling），政府所采取的措施对于实现该利益必须严丝合缝（narrowly tailored），且必须是限制最少的手段（least restrictive means）；（2）中间审查标准（intermediate scrutiny test），即对政府的规制进行比较严格的审查，它要求政府规制言论的利益具有重要性（important），政府所采取的措施与该利益之间具有实质性关联；（3）理性审查标准（rational basis test），即对政府的规制进行最不严格的审查，它只要求政府规制言论的利益具有合法性（legitimate），政府所采取的措施与该利益之间具有合理关联（rationally related）。一般而言，对于"基于内容的规制"

---

① United States v. O'Brien，391 U.S. 367，376–377 (1968).

② Texas v. Johnson，491 U.S. 397 (1989).

（content-based regulation），法院会采取严格审查标准，而对于“内容中性的规制”（content-neutral regulation）或者“时间、地点与方式的规制”（time，place，and manner regulation），则采用中间审查标准。而对于那些一般不受宪法保护的言论，法院则较可能采用最不严格的理性审查标准。①

应当指出，类型化和利益衡量的主要区别在于，前者事先设定受保护的言论、不受保护的言论以及受到较低程度保护的言论范围，预阻了对在具体情形下的利益考量，而后者则致力于比较特定言论带来的利益与政府规制该言论的利益，根据案件中的各种因素做出判断。前者具有规则（rule）导向特点，而后者则具有标准（standard）导向特点。②这两种方法之间各有利弊，类型化的好处在于规则简单明晰、指导性强且易于适用，但也具有过于僵硬、忽略具体情形的弱点；而利益衡量的好处在于重视具体因素且具有灵活性，但容易给法官过大的自由裁量权。实际上，这两种方法并非水火不容，有时候类型化时也需要考虑具体利益，利益衡量时也需要分门别类。③

---

① 譬如，在一些涉及淫秽、诽谤性言论的案件中，法院就采用了理性审查标准。见 Roth v. United States，354 U.S. 476 (1957). Beauharnais v. Illinois，343 U.S. 250 (1952)。

② Sullivan，Kathleen M. 1992. “The Supreme Court：1991 Term-Forward：The Justices of Rules and Standards”，*Harvard Law Review* 106(1)：22-123；Sullivan，Kathleen M. 1992. “Post-Liberal Judgment：The Roles of Categorization and Balancing”，*University of Colorado Law Review* 63：293-317.

③ Blocher，Joseph. 2009. “Categoricalism and Balancing in First and Second Amendment analysis”，*New York University Law Review* 84(2)：375-439.

三 财产权

人类的存在离不开财产，离不开财产权。实际上，“没有任何东西像财产权一样普遍地激发人们的想象、唤起人们的热情……”[①] 作为一项基本权利，财产权对人的存在、独立、人格与自由至关重要。没有财产，或者不能拥有财产，个体的生存便面临危险，遑论其他权利与自由。在很大程度上讲，财产权的根基是自我所有权（self-ownership）。它意味着，每个人都是其身体和生命的所有者，他人无权支配自己的身体和生命。一个人拥有自我，而不被他人拥有，是一个人获得人格、独立、自由以及成为道德存在的基本前提。如果一个人被他人拥有，他（她）将成为他人的财产，成为他人的奴隶。作为道德存在的个人，不仅有权支配自己的身体，而且有权支配自己的劳动和能力，以及获得因此创造的财富。如果一个人不能拥有自身赖以生存或者发展所需要的财产，他（她）将不得不依附于他人，其独立和自由将会受到削

---

① Blackstone，William. 1893. *Commentaries on the Laws of England.* (In Four Books and Two Volumes)，Vol. 1–Books I & II. Philadelphia：J. B. Lippincott Company，p. 393.

弱甚至完全丧失。古罗马法谚云：“无财产即无人格。”只有当一个人有权拥有自己创造的财富时，他（她）的独立和自由才可能有所保障。

洛克曾经指出：“尽管世间万物为人类所共有，但每个人都拥有其自身；除了他自己之外，没人对其自身拥有任何权利。我们可以说，其身体所从事的劳动以及双手所从事的工作，正是属于他的。那么，无论他从自然状态中取走什么，他就将自己的劳动与其掺在了一起，在其上增加了他自己的东西，因此使其成为他的财产。由于他使其脱离了自然的共有状态，他就通过这种劳动在其上添加了某种东西，从而排除了他人的共有权。因为这种劳动是劳动者无可争议的财产，所以除了他之外，没人对一旦添加了其劳动的东西拥有权利，至少在给他人留够同样好之共有物的情况下。”[①] 在洛克看来，每个人都拥有自己的身体、劳动以及通过劳动获得的任何东西，并且，人们设立政府的主要目的就是保护个人的财产，包括“生命、自由以及物质财富（estates）”[②]。

同洛克一样，麦迪逊也持广义的财产观，即人们不仅对物质意义上的存在——诸如土地、房屋、货币——拥有财产权，而且对自己的观点、自由、安全及其他权利等拥有财产权。[③] 麦迪逊说，人们设立政

① Locke, John. 1947. *Two Treatises of Government*. Ed. Thomas Cook. New York: Hafner Publishing Company, p. 134.

② Locke, John. 1947. *Two Treatises of Government*. Ed. Thomas Cook. New York: Hafner Publishing Company, p. 184.

③ Madison, James. 1906. *The Writings of James Madison*, Vol. 6. Ed. Gaillard Hunt. New York: G. P. Putnam's Sons, p. 101.

府的目的，在于保护人们的所有财产，以及个人拥有的各种权利。在他看来，只有不偏不倚地保护每个人的财产——不仅包括物质意义上的财产，而且包括对各种权利和自由的拥有——的政府，才是一个公正的政府。[①]

正如其他基本权利和自由一样，财产权不是法律或者实证法赋予或者创设的，实际上，它先于任何法律或者实证法。人天然地拥有财产权，是其区别于动物的主要标志之一。[②]美国法律家詹姆斯·肯特（James Kent）曾说："财产权的观念系人心中所固有，那种观念的逐渐加强和蕴育——从其在野蛮时代的弱小到文明社会的强大与成熟——形成了公民社会史上一个颇富启发意义的篇章。造物主意在使人适于形成社会和政府，以及获得和享用财产。恰当地说，财产权是人性的律法；并且，通过恪守此种律法，他发挥出自己的全部能力，并能够展示出人类心智的各方面之卓越力量。"[③]这意味着，财产权是人天生的观念，财产与人自身的存在须臾不可分离。没有财产，人无法存活，更无法发展，人对自己存活和发展所需要的一切必须具有财产权，否则即不具有正当性。19 世纪的法国思想家巴斯夏（Frederic Bastiat）指出："人是**天生的财产所有者**，因为他天生地需要维持自己生命的必需品，天生地具有对满足这些需要而必需的器官和能力。能力不过是人自身的延伸；而财产权不过是这些能力的延伸。将一个人与其能力分

① Madison，James. 1906. *The Writings of James Madison*，Vol. 6. Ed. Gaillard Hunt. New York：G. P. Putnam's Sons，p. 102.

② Pope Leo XIII. 1891. *Rerum Novarum：Encyclical of Pope Leo XIII on Capital and Labor.*

③ Kent，James. 1827. *Commentaries on American Law*，Vol. 2. New York：O. Halsted，p. 256.

离开来，会导致其死亡；而将一个人与其利用自己能力创造的成果分离开来，同样会导致其死亡。”[①]

根本而言，财产权是一种天赋的权利，保护财产权是人们加入政治共同体的主要目的之一。毋庸置疑，人先于国家和实证法的存在，人拥有维系自身存续的权利先于任何国家的形成或者实证法的出现。[②]财产权是人天生享有的权利，不是因为有了法律，财产权才存在，而是因为有了财产权，法律才存在。[③]一位美国联邦法官曾经这样写道："获取和拥有财产以及保护它的权利，是人天赋的、固有的及不可让渡的权利之一。人们天生拥有财产的观念：财产对其生存是必需的，与其内在需求和渴望一致；财产的安全是诱使他们组成社会的目标之一。如果一个人在一个共同体中不能享用其诚实劳动和努力之果实，他不会愿意加入该共同体。保护财产是社会契约的一个主要目的……”[④]

无论从理论还是从经验上讲，财产权对于个人独立和自由都至关重要。没有财产，一个人无以获得独立，而不独立则难以获得自由。毋庸置疑，“所有的**人**都为获取和捍卫**财产**的**激情**所激励，因为**财产**是**独立**的最佳**支柱**，而独立是所有的**人**都热烈渴望的。即使是最具依赖性的**人**，也始终在其**脑海**和**愿望**中谋求财产，渴望着某个时候获得独

① Bastiat, Frederic. 1995. *Selected Essays on Political Economy*. Ed. George B. de Huszar. Trans. Seymour Cain. Irvington-on-Hudson, NY: Foundation for Economic Education, p. 99. 强调为原文所有。

② Pope Leo XIII. 1891. *Rerum Novarum: Encyclical of Pope Leo XIII on Capital and Labor*.

③ Bastiat, Frederic. 1995. *Selected Essays on Political Economy*. Ed. George B. de Huszar. Trans. Seymour Cain. Irvington-on-Hudson, NY: Foundation for Economic Education, p. 97.

④ *Vanhorne's Lessee v. Dorrance*, 2 U.S. 304, 310 (1795).

立；他们正要获得或者打算获得的财产，可以帮助其摆脱**依赖**，获得令人愉悦的**独立**。正如**幸福**是**独立**的**结果**一样，**独立**是拥有**财产**的**结果**；因此，一定的**财产**仅仅是**自由**的结果，只能得到**自由的法律**之保护；这些**法律**基于（人们的）**同意**而定，并且，未经（人们的）**同意**不得被废除。”[①]17、18世纪的理论家们笃信，只有当一个人拥有财产时，他才可能是完全自由的。[②]实际上，获得财产的自由是所有自由中最重要的，如果一个人获得财产的自由受到限制，很难想象他还拥有其他什么自由。[③]在巴斯夏看来，财产权意味着一个人有权自主决定享用自己的劳动果实，有权进行工作、谋求自身发展以及运用自己的能力，不受国家的不正当干预，而这本身就是自由的含义。[④]美国联邦最高法院的一个判决指出：“财产权与个人自由在根本上相互依赖。没有其中的任何一个，另一个都没有意义。长期以来，财产权都被视作公民的基本权利。”[⑤]

历史学家派普斯（Richard Pipes）研究发现，在人类历史上，财产与自由之间存在着紧密的关联。在私有财产受到良好保护的地方——

---

① Trenchard, John. “Cato’s Letters”, No. 68, March 3, 1722, in *The English Libertarian Heritage: From the Writings of John Trenchard and Thomas Gordon in “The Independent Whig” and “Cato’s Letters”*. Ed. David L. Jacobson. Indianapolis, IN: Bobbs-Merrill. pp. 177-178. 强调为原文所有。

② Kammen, Michael. 1986. *Spheres of Liberty: Changing Perceptions of Liberty in American Culture*. Madison, WI: University of Wisconsin Press, pp. 24-25.

③ Stephen, James Fitzjames. 1993. *Liberty, Equality, Fraternity*. Ed. Stuart D. Warner. Indianapolis, IN: Liberty Fund, p. 120.

④ Bastiat, Frederic. 1995. *Selected Essays on Political Economy*. Ed. George B. de Huszar. Trans. Seymour Cain. Irvington-on-Hudson, NY: Foundation for Economic Education, pp. 109-110.

⑤ Lynch v. Household Finance Corp., 405 U.S. 538, 552 (1972).

诸如英国，不仅社会经济出现了繁荣，而且个人自由得到了有效保障，而在私有财产被肆意侵犯的地方——诸如俄国，不仅社会经济发展缓慢，而且个人自由不受尊重。经验表明，私有财产是个人自由的一个必要条件，自由社会离不开保护私有财产的制度安排。① 实际上，财产权是所有其他权利的卫士，没有财产权，其他权利都得不到保护。② 正如大法官菲尔德（Justice Stephen J. Field）所言："我们决不应当忘记，对财产的保护和对人的保护不可分离。在财产权不安全的地方，人的权利也不会是安全的。对一个的保护与对另一个的保护共进退；在任何一个都不安全的地方，既不可能有繁荣也不可能有进步。"③有人误以为财产权与人权存在冲突，一些人的私有财产会侵犯另一些人的人权，因而要对私有财产进行限制。这种看法是完全错误的，二者没有任何矛盾，正如经济学家阿尔奇安（Armen A. Alchian）所说："私有财产权与人权并不冲突。私有财产权就是人权。它是人们使用具体物品并对其交易的权利。任何对私有财产权的限制都将改变从非人格化特性迈向人格化特性以及政治当局批准之行为的力量平衡。这是主张一种强有力私有财产权制度的根本原因：私有财产权保护个人自由。" ④

---

① Pipes，Richard. 2000. *Property and Freedom*. New York：Vintage Books.

② Ely，James W.，Jr. 2008. *The Guardian of Every Other Right：A Constitutional History of Property Rights*. 3rd ed. New York：Oxford University Press.

③ Field，Stephen J. 1890. "The Centenary of the Supreme Court"，*American Law Review* 24(3)：351–368，p. 367.

④ Alchian，Armen A. 2007. "Property Rights"，in *The Concise Encyclopedia of Economics*. 2nd. Indianapolis，IN：Liberty Fund. 这里参考的是网络版，见 http://www.econlib.org/library/Enc/PropertyRights.html。

私有财产是个人自由的保障，是因为它减少了个体对他人的依赖，为个人提供了出口选择，为个人提供了私人空间，为个人提供了自足的可能。私有财产在一定程度上为个人提供“自我放逐”的可能，如果他愿意，他不必和别人进行交易，尤其是侵犯自己权益的交易，即使在一个高度相互依赖的现代社会亦是如此。[①] 根本而言，私有财产是阻遏或者抵御国家强制的一个必要条件，对于厘定公共领域与私人领域的边界至关重要。如果一个人打算采取某种行动，通常情况下需要他拥有一定的财产，或者至少，如果他打算与别人合作，他需要知道谁拥有采取此种行动所必需的财产。私有财产的重要性不是说每个人都必须拥有财产，而是说财产应当充分地分散在社会中，一个人希望采取某种行动所仰赖的资源不能完全控制在某个或者某些特定的人手中。私有产权是厘定私人领域与公共领域的关键，为抑制国家的强制设置了一道难以逾越的屏障。[②] 实际上，私有财产制度是自由的最重要保障，不仅对有产者而言，而且同样对无产者而言。私有产权使得对财产分散在无数个人手里，而非掌控在一个主体——无论其是个人还是国家——手里，因此，没有人拥有完全控制他人的权力。[③] 阿克顿勋

① Buchanan, James M. 2001. “Property as a Guarantor of Liberty”, in *The Collected Works of James M. Buchanan*, Vol. 18 : *Federalism, Liberty, and the Law*. Indianapolis, IN : Liberty Fund, pp. 216–259. 在另外一本著作中，布坎南说：“财产权代表的实际上是用以初始界定一个‘人’的工具或手段。” 见 Buchanan, James M. 1975. *The Limits of Liberty : Between Anarchy and Leviathan*. Chicago : University of Chicago Press, p. 10。

② Hayek, Friedrich A. 1972. *The Constitution of Liberty*. Chicago : Henry Regnery Company, pp. 140–141.

③ Hayek, Friedrich A. 1944. *The Road to Serfdom*. Chicago : University of Chicago Press, pp. 103–104.

爵指出，那些敌视私有产权的民族，不可能具有自由的第一要素。[①] 根本而言，哪里没有私有产权，哪里就没有正义；非正义就是对私有产权的侵犯。[②]

基于私有产权的重要性，不少理论家认为经济自由与政治自由密不可分，没有其中的一个，另一个也难以存在。譬如，奥地利学派巨擘米塞斯（Ludwig von Mises）指出，经济自由与政治自由不可分离，政治自由是经济自由的必然结果；以经济自由为基本特征的资本主义时代，同时也是民治的时代，并非偶然；如果人们被禁止通过市场自由交易，他们将不得不依赖一个全能型政府的恩惠，变为事实上的奴隶。在弗里德曼（Milton Friedman）看来，经济自由对于构建一个自由社会而言具有双重作用：一方面，经济自由是整个自由的一部分，因而经济自由本身就是目的；另一方面，经济自由是实现政治自由的必要手段。经济自由之所以能够促进政治自由，是因为它有助于经济权力和政治权力之间的分离，减少政治权力对经济资源的掌控，或者说，有助于经济力量制约或者对抗政治力量。尽管经济自由是政治自由的一个必要条件，但不是充分条件。[③] 至少自 19 世纪后半期以来，人们逐渐忘记了没有经济自由就没有政治自由的观念，尽管托克维尔和阿克顿勋爵都发出过振聋发聩的警告。哈耶克雄辩地论证了为何对

---

① Acton，John Emerich Edward Dalberg-Acton. 1985. *Selected Writings of Lord Acton*，Vol. 1：*Essays in the History of Liberty*. Ed. J. Rufus Fears. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 431.

② Locke，John. 1824. *An Essay Concerning Human Understanding*. In *Works of John Locke*，Vol. 2. 12th ed. London：Rivington，p. 112.

③ Friedman，Milton. 1962. *Capitalism and Freedom*. Chicago：University of Chicago Press，pp. 7-21.

经济自由的压制最终会铺就一条通往奴役之路，“经济控制不只是对人们生活一部分——该部分可与其他部分分离开来——的控制；它是对实现我们所有目的之手段的控制。无论谁独自控制了这些手段，也必然决定什么样的目的应当被满足，什么样的价值应当排得更高和更低——简言之，决定人们应当相信什么以及为什么而奋斗。”① 实际上，控制财富的生产就是控制人类生活本身；剥夺一个人创造财富的机会就是剥夺其生存的机会，在法律上允许公民创造财富是他们能够合法存在的唯一方式。②

当然，财产权除了对个人自由和其他权利的保障至关重要之外，也具有举足轻重的社会经济功能。大量的研究表明，只有在财产权受到良好保护的地方，社会经济才取得了较高水平和较长时期的发展，因为安全的财产权有助于鼓励人们长期投资，降低交易成本，提高经济效益等。③ 通过对很多落后国家的调查，秘鲁经济学家德索托（De Soto）发现，一些国家富裕而另一些国家贫穷的重要原因在于财产权制度。在那些富裕的国家，每一块土地、每一个建筑物都有明确的所

---

① Hayek，Friedrich A. 1944. *The Road to Serfdom*. Chicago：University of Chicago Press，p. 92.

② Belloc，Hilaire. 1977. *The Servile State*. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 46.

③ Demsetz，Harold. 1967. “Toward a Theory of Property Rights”，*American Economic Review* 57(2)：347-359；Alchian，Armen A. and Harold Demsetz. 1973. “The Property Rights Paradigm”，*Journal of Economic History* 33(1)：16-27；North，Douglass C. and Thomas，Robert Paul. 1973. *The Rise of the Western World：A New Economic History*. New York：Cambridge University Press；North，Douglass C. 1990. *Institutions，Institutional Change and Economic Performance*. New York：Cambridge University Press；Eggertsson，Thrainn. 1990. *Economic Behavior and Institutions*. New York：Cambridge University Press；De Soto，Hernando. 2000. *The Mystery of Capital：Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*. New York：Basic Books.

有者和所有权证，这些财产很容易转化为资本，而在那些贫穷的国家，大量的资产没有明确的所有者和所有权证，因而成为“死资本”（dead capital），难以用于投资和生产。德索托指出，财产权对于经济发展具有六大功能：确定资产的经济潜能，即通过正式的所有权证将资产的价值确定下来，以便转化为资本；整合分散的信息，即通过正式的所有权制度将分散在各处的资产信息汇集在一起，以便人们无需目睹资产即可知晓其信息；使人们对自己的行为负责，即通过将财产所有人整合到法律制度中，使其成为负责任的个人；使资产具有可替代性，即通过将一项资产的经济特性与其严格的物理状态分离，使其能够适于任何交易；将人们联结在一起，即通过将所有者与资产联系起来，将公民转化成可以识别的商业代理人网络；保护交易安全，即通过财产登记等手段，可以很好地跟踪交易流程。西方国家就是充分地利用了财产权的这些功能，因而取得了惊人的繁荣，而落后国家持续发展的关键就是确立有效的财产权制度，将大量闲置的“死资本”转化为“活资本”。[①]

当然，除了私有财产或者私有产权之外，在几乎所有社会里都还存在着公有财产（public property）和共有财产（common property or commons），但在自由社会里，它们通常只是私有产权的补充，而非替代私有产权或者居于主导地位。在一个自由社会里，公有财产应当尽可能地降低到最低限度，除非为了公共利益之需要，不应保留公有财

---

① De Soto，Hernando. 2000. *The Mystery of Capital：Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*. New York：Basic Books.

产。公有产权的一个严重弊端是，就财产的处分而言，在民主政体里容易导致多数的暴政——除非奉行全体一致同意原则，在非民主政体里则难免蜕变为一些人的私产。从法理上说，财产权是一项基本权利，受到宪法之保护，不应通过多数决的方式褫夺一个人的财产权。在自由社会里，土地等重要资源多由私人所有，虽然也有部分资源掌控在政府手里。私有产权的安排笃信藏富于民，深谙民富才是社会自由与繁荣的基础。从根本上讲，共有财产也是一种私有财产，不过是由多个人共同所有而已，与公有财产有根本区别，后者通常由政府实际控制。共有财产的形成多是基于自愿同意或者长期的习俗和传统，而且通常适用于那些难以分割或者分割会造成价值贬损的自然资源，诸如森林、牧场、地下水以及天然渔场等。对这些共有财产的优良治理并非一定要走国有化或者分给个人的路子，而是完全可以交由当地的民众自治。[①] 值得一提的是，还有一些社会里存在所谓的“集体财产”（collective property）或者“集体所有权”（collective ownership）。这种制度安排的致命缺陷是，财产权与身份捆绑在一起，个人没有退出的自由，决策同样面临着多数暴政或者沦为少数人私产的风险。它的形成通常不是基于人们的自愿同意或者长期的习俗，而是基于国家的命令。为了保护财产所有者的权利，这种集体所有权应当为私有产权所取代。实际上，人类文明就是一个用私有产权逐步取代集体产权的过

---

① Ostrom，Elinor. 1990. *Governing the Commons：The Evolution of Institutions for Collective Action.* New York：Cambridge University Press；Ostrom，Elinor，Roy Gardner，and James Walker. 1994. *Rules，Games，and Common-Pool Resources.* Ann Arbor，MI：University of Michigan Press.

程，“任何一个肆意攻击私有产权（several property）的人，都无法声称自己珍视文明。这二者之间的历史不可分离。”①

然而，奇怪的是，对私有产权的批评和质疑几乎从未断过。一些理论家和普通民众认为，私有产权（私有制）必然导致“财产不平等”，而“财产不平等”是社会不公或者不平等的根源，于是提出了各种限制乃至废除私有产权的大胆设想。但是，“如果根据这样的设想构建或者重组人类社会，它将进入最不自然和最悲惨的状态。（私有）财产权的观念仁慈地眷顾人类，意在唤醒其脱离怠惰，激发其行动起来；只要获得财产的权利合乎社会关系以及由此产生的伦理义务，它就神圣不可侵犯。（私有）财产权的自然而活跃的观念是社会进步的基础。它使土地得以垦殖，政府得以确立，正义得以伸张，生活得以富足，艺术得以繁荣，商业得以拓展，美味得以生产，慈善得以兴盛，仁爱得以彰显。”②

由于人与人之间在能力、技艺、健康、力量等诸多方面天然存在着不同，而这些因素都可能影响到一个人获得财富的多寡，因此，财产不平等是一个必然的结果。实际上，只要存在着私有产权，就一定存在财产不平等，或者说，“私有财产是不平等的实质”③。而且，无论

① Maine，Henry Sumner. 1889. *Village-Communities in the East and West*. New York：Henry Holt and Company，p. 230.

② Kent，James. 1827. *Commentaries on American Law*，Vol. 2. New York：O. Halsted，p. 257. 肯特法官还指出：“自由主要依赖于政府架构、司法公正以及民众的智慧，而与财产平等、生活节约或者土壤和气候的差异无关。”见 Kent，James. 1827. *Commentaries on American Law*，Vol. 2. New York：O. Halsted，pp. 267-268。

③ Stephen，James Fitzjames. 1993. *Liberty，Equality，Fraternity*. Ed. Stuart D. Warner. Indianapolis，IN：Liberty Fund，p. 120.

对于个人还是对于社会而言，财产的不平等远非有害。贫困是一种不幸，但通过侵犯私有财产的方式实现所谓的财产平等，将导致更大的罪恶。[1]“财产平等”的念头，难免招致一些人敌视另一些人的财产，并通过蛊惑人心的借口设法侵占其财产，正如约翰·亚当斯（John Adams）所说：“财产权无疑如同自由一样是人的一种权利。偏见、习惯、耻感或者恐惧、正直或者虔诚，也许一开始能够阻止穷人攻击富人，阻止懒惰者攻击勤劳者；但是不久以后，胆量和冒险精神将会到来，并逐渐地发明出各种借口来，鼓动多数人瓜分所有的财产，或者至少，与当下的所有者平分这些财产。首先，债务将被废除；对富人征收重税，而对其他人免除税收；最后，要求完全平分所有的东西，并且对此进行投票。结果如何？懒汉、恶棍、放纵之徒将大肆挥霍，卖掉、花光他们的所有，然后要求重新分配那些购买其财产的人们的所有。一旦财产不如上帝之律法一样神圣的观念得到认可，一旦财产不能得到法律和公共司法之保护，无政府和专制就会出现。如果‘你不应贪心’和‘你不应盗窃’不是天国的戒律，它们必须成为每个社会文明开化或者获得自由之前不可侵犯的律令。”[2]

“财产平等”的实质在于，让一些人攫取另一些人的财产，让一些人为另一些人服务。如果一个政府支持一个阶层的民众任意攫取另一个阶层民众的财产，它肯定不是一个公正的政府，而且，在这样的社

① Pope Leo XIII. 1891. *Rerum Novarum: Encyclical of Pope Leo XIII on Capital and Labor.*

② Adams, John. 1851. *The Works of John Adams*, Vol. 6. Ed. Charles Francis Adams. Boston: Charles C. Little and James Brown, pp. 8-9.

会里，任何人的财产都是不安全的。[①] 这种实践必然导致一个“奴役型国家”（servile state），其基本特征是，一些人和家庭在法律的强制下为另一些人和家庭劳动，一些人被迫为另一些人服务。[②] 实际上，即使将一些人的财产分配给另一些人，实现了所谓的财产平等，结果也将是灾难性的，由于“财产平等的状态是不可能得到维持的，因为它违反我们本性的律法（laws of our nature）；如果它被付诸实践，人类将进入一种枯燥乏味与愚蠢懒散的状态，而这将使心智退化，并摧毁社会生活的幸福。当法律通过废除禁止转让、限嗣继承、长嗣继承权以及所有血统不平等而允许财产自由流转时，持续的自然法的运作将自行维持一种适当的均衡，将与财产集中一样快地分散财产。”[③]

私有财产神圣不可侵犯是自由社会的一个基本原则。它意味着个人或者私人组织有权自由地获取财产且其受到良好的保护，有权通过自己的劳动自由地发展。[④] 如果一个人想要改善民众的条件，首要的原则必须是确保私有财产不可侵犯。[⑤] 公正而及时地保护每个人的财产，是政府最重要的义务之一，虽然人们时常会发现，它是政府最难履行的任务。[⑥] 私有财产是如此之重要，以至于即使为了公共福祉，也不能

---

① Madison，James. 1906. *The Writings of James Madison*，Vol. 6. Ed. Gaillard Hunt. New York：G. P. Putnam's Sons，p. 102.

② Belloc，Hilaire. 1977. *The Servile State*. Indianapolis，IN：Liberty Fund.

③ Kent，James. 1827. *Commentaries on American Law*，Vol. 2. New York：O. Halsted，pp. 265-266.

④ Bastiat，Frederic. 1995. *Selected Essays on Political Economy*. Ed. George B. de Huszar. Trans. Seymour Cain. Irvington-on-Hudson，NY：Foundation for Economic Education，p. 100.

⑤ Pope Leo XIII. 1891. *Rerum Novarum：Encyclical of Pope Leo XIII on Capital and Labor*.

⑥ Kent，James. 1827. *Commentaries on American Law*，Vol. 2. New York：O. Halsted，p. 270.

随意对其限制或者褫夺，因为保护私有财产本身就是具有根本重要性的公共福祉。譬如，穿过某个人的土地而修一条道路也许有利于公共福祉，但未经土地所有人的同意而擅自侵占其土地是无论如何都不被允许的。[①] 当然，私有财产神圣不可侵犯，并非意味着私有财产在任何情况下都不受限制，或者无论如何都不得被褫夺。但是，私有财产不受侵犯是个原则，而对其限制或者褫夺则是例外，并且，这种限制或者褫夺必须恪守一些基本原则，包括同意原则——通常情况下限制或者褫夺私有财产须经财产所有者同意，公共利益原则——限制或者褫夺私有财产是为了公共利益，必需性原则——限制或者褫夺私有财产是必需的，公正补偿原则——要给财产所有者以公正补偿，正当程序原则——限制或者褫夺私有财产须经过正当程序等。

尽管私人也会侵犯私有财产，但就践行宪政而言，防范政府对私有财产的侵犯才是最重要且最困难的。在现代社会里，政府对私有财产的威胁主要是征税和征收。毋庸置疑，征税是对财产权的褫夺，虽然它常常披着合法的外衣。私有财产神圣不可侵犯的原则要求，征税必须经过纳税人或者其选举之代表的同意[②]，即“无代表，不纳税”（without representation，no taxation），或者，用更准确的说法是，“未经纳税人同意，不纳税”。这一要求来自法治社会的一个基本原则——

---

① Blackstone，William. 1893. *Commentaries on the Laws of England.* (In Four Books and Two Volumes)，Vol. 1–Books I & II. Philadelphia：J. B. Lippincott Company，p. 107.

② Blackstone，William. 1893. *Commentaries on the Laws of England.* (In Four Books and Two Volumes)，Vol. 1–Books I & II. Philadelphia：J. B. Lippincott Company，p. 108.

未经所有者同意，其财产不得被褫夺。[1]之所以给纳税附加同意的条件，乃是因为财产权对个人独立和自由而言具有根本重要性，倘若政府可以随意对民众征税，则其财产权没有安全可言，进而危及其独立和自由。美国大法官马歇尔（Justice John Marshall）曾说："不受限制的征税权必然包含有毁灭的力量。"[2]根本而言，未经纳税人同意而对其征税背离了人们设立政府的目的。洛克指出，政府的存在固然需要人们交税，但它仍必须获得他的同意——民众的多数或者其选举代表的多数之同意，"因为如果任何人声称其无需经人民同意而拥有对其征税的权力，他就因此违反了财产基本法、颠覆了政府之目的；因为，如果另一个人可以随意攫取我的所有，那我还可能拥有什么财产？"[3]

在英美历史上，追求宪政和自由的努力经常是从反抗或者限制政府的征税权开始的，正如埃德蒙·伯克（Edmund Burke）所言："在我国，自古以来争取自由的伟大努力都主要与征税问题有关。"[4]1215年，25位英国贵族迫使约翰王签署《大宪章》的主要目的之一便是限制国王的征税权，多个条文均提到封建时代的各种税收，其中第十二条规定："未经王国之普遍同意，不得在王国内征收免服兵役税或者贡金……"[5]可以看出，至少自13世纪始，未经（纳税人）同意不纳

---

① Kent, James. 1827. *Commentaries on American Law*. Vol. 2. New York : O. Halsted, p. 261.

② *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 327 (1819).

③ Locke, John. 1947. *Two Treatises of Government*. Ed. Thomas Cook. New York : Hafner Publishing Company, p.193.

④ Burke, Edmund. 1999. *Select Works of Edmund Burke*. Vo. 1. Indianapolis, IN : Liberty Fund, p. 238.

⑤ 原文为："No scutage or aid is to be levied in our realm except by the common counsel of our realm…"

税的观念已经在西欧出现了。1295 年之后，在英格兰确立了这样一个法律原则：未经全体大主教、主教、教士、伯爵、骑士、市民及王国其他所有自由人的决定和同意，不得征收捐税或贡金。对任何直接税的征收，若未经王国各阶层的一致同意（common consent），都是违反法律的。此时，"王国的一致同意"不再是一个模糊的表达，而且"同意"的表达也找到了其适当的组织机构，即由三个阶层的代表组成的议会。[1]

"光荣革命"之后，1689 年的《权利法案》明确限制了国王的征税特权。它规定："凡未经国会准许，借口国王特权，为国王或供其使用而征税，超出国会准许之时限或方式者，皆为非法。"此后，未经议会授权而征收任何赋税，都将以抢劫罪论处。[2] 美国的独立也同样与征税有关，或者说，其导火索是英国议会针对北美殖民地之征税权的滥用。自 18 世纪 50 年代始，英国议会通过了一系列对殖民地进行征税的法律，课征包括糖税、茶税、印花税等在内的诸多税种，并且，议会里没有殖民地的代表。殖民地民众认为，这违反了"无代表，不纳税"的原则，侵犯了他们作为英国人应当享有的权利，遂起而反抗并于 1776 年 7 月 4 日宣布独立。《独立宣言》重申了共和政体的一个基本原则——政府的合法性来自人民（被统治者）的同意，并且，当政府变得专制的时候，民众可以改变或者推翻之。这当然意味着，政府

---

① Maitland，F. W. 1965. *The Constitutional History of England*. New York：Cambridge University Press. First published in 1908，p. 96.

② Smith，Adam. 1982. *Lectures on Jurisprudence*. Ed. R. L. Meek，D. D. Raphael，and P. G. Stein. Indianapolis：Liberty Fund，p. 272.

赖以存在的保障——税收——必须经过人们或者人们自由选举之代表的同意。

“无代表，不纳税”的原则常常被称之为“税收法定主义”，意即征税的权力掌握在议会手里，议会通过立法的形式规范征税的各项内容。与国王恣意的征税权相比，税收法定主义迈出了决定性的一步，因为它使得税收的课征具有了确定性。税收的确定性原则非常重要，因为恣意课征害处很大，正如休谟所说：“危害最大的税是任意征收的那些。它们通常会由于征管工作而转化为对勤劳的惩罚；并且，它们不可避免的不平等比它们的负担本身更令人难以忍受。因之，在文明社会中发现此类税收着实令人吃惊。”[①] 亚当·斯密也强调，征税的基本原则之一是税收的确定性。他指出，每个人应纳的税必须是确定的，纳税的时间、方法和数额对纳税人及任何一个人而言都应当清晰明确。在税收不确定的地方，每个纳税人的命运或多或少地掌握在税吏手里，专断和腐败难以避免。[②]

毋庸置疑，税收法定主义解决了征税的恣意问题。但是，如果议会的征税权不受到限制，税收法定主义就会演变为议会对税收的绝对控制。在一个社会保障和福利国家受到热捧的时代，议会通过征收累进税而进行的“再分配”，难免沦为令托克维尔忧心忡忡的多数暴

---

① Hume, David. 1987. *Essays: Moral, Political, and Literary*. Rev. Ed. Eugene F. Miller. Indianapolis: Liberty Fund. First published in 1777, pp. 345-346.

② Smith, Adam. 1952. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Chicago: Encyclopedia Britannica, Inc. First published in 1776, p. 362.

政[①]，一些人的财产权被通过民主（多数决）的方式剥夺，构成了对个人自由的严重威胁。即使是在福利国家观念相对而言较弱的美国，在国会的征税权支持下，联邦政府也正成为一个巨大的再分配机器，美国“国父”们很难想象今天的联邦政府之膨胀，即使100余年前的民主党总统也会断然拒绝社会保障的观念。譬如，1887年，当得克萨斯的几个县因干旱而导致农作物歉收时，一些国会议员动议联邦政府拨款给那里的农场主作为种子补贴，但民主党总统克利夫兰（Grover Cleveland）否决了这一动议。在其否决声名中，他强烈地批评政府提供赈济的做法，重申有限政府的基本主张，意味深长地指出：“我不认为联邦政府的权力和义务应该扩至对遭受苦难之个人的救济，它与公共服务或者公共利益不存在任何适当的关联。我认为，无视联邦权力与义务有限使命的普遍倾向应被坚决抵制，以实现该教训应被时刻牢记的目的——尽管人民供养政府，但政府不应供养人民。我们总是能够依赖民众的友善与爱心为其不幸的同胞提供救济。这一点是反复且最近刚刚证明过的。这种情况下的联邦资助鼓励人们指望政府的家长式关怀，削弱我们刚毅的国民性，抑制我们民众之间那种互助友善的情感与行动——而这有助于加强手足之情的纽带。”[②]

为了有效限制议会的征税权，防止政府权力的膨胀，必须从税收法定主义走向税收宪政主义，即从宪法上对征税权进行必要的约束。

---

① Tocqueville，Alexis de. 1990. *Democracy in America*. The Henry Reeve Text. Ed. Philips Bradley. New York：Vintage Books.

② Cleveland，Grover. 1892. “Cleveland’s Veto of the Texas Seed Bill”，in *The Writings and Speeches of Grover Cleveland*. New York：Cassell Publishing Co，p. 450.

这种约束需要恰当的制度设计，以确保其有效性。尽管有人主张对税率、税额等进行限制，但这种以结果为导向的限制缺乏客观的衡量标准，并且因缺乏弹性而无法适应社会的变迁，尤其是急剧的变迁。诺贝尔经济学奖获得者布坎南则主张对征税权进行程序性的宪法限制，比如提高征税法律的投票表决门槛，即要求议会对事关征税的法律表决时达到超多数决——比如三分之二、四分之三、五分之四等。也就是说，只有三分之二、四分之三或者五分之四的议员同意一项征税法律时，它才能获得通过。这项来自瑞典经济学家维克塞尔（Knut Wicksell）的建议意味着，公共选择的合法性和正当性来自于人们的同意，同意的人越多，受到强制的人越少，就越具有合法性和正当性，因而，超多数决比简单多数决更可取。①

税收宪政主义还意味着，征税应当恪守一些基本原则，以确保政府的有限性。首先，征税应以必需为原则，即征税仅仅是为了提供严格意义上的公共物品——诸如治安、司法、国防等，保护每个人的权利和自由。洛克开启的古典自由主义认为，政府存在的主要目的就是保护每个人的生命权、自由权和财产权。②因而，政府只能为了实现这样的目的征税，而不应为了提供所谓的社会保障等目的进行征税，否

---

① Brennan, Geoffrey and James M. Buchanan. 2000. *The Power to Tax: Analytical Foundations of a Fiscal Constitution* (Vol. 9, *The Collected Works of James M. Buchanan*). Indianapolis: Liberty Fund. First published in 1980.

② Locke, John. 1947. *Two Treatises of Government*. Ed. Thomas Cook. New York: Hafner Publishing Company.

则就是对私人财产权的褫夺，就是对正义的背离。[①] 其次，征税应以同意为原则，即只有经过人们的同意，征税才具有合法性。不经过人们的同意而征收的任何税都是对财产权的侵犯，都是非法的。这种同意一方面意味着，代议机关的代表是人们自由选举产生的，另一方面意味着，这些代表制定的法律必须受制于体现人民意志的宪法。这种双重的同意最大限度确保征税的合法性，确保私有财产神圣不可侵犯。最后，征税应以平等为原则，即对于同一类型的纳税人，征税的制度安排不应当有任何歧视性。其基本原理在于，对于同一类型的纳税人，国家或者政府为保护他们的自由和权利所必需的开支大致比例相同，因而，任何歧视性的税收都是不公正的。肯特法官指出，每个人的财产权都应该受到同等保护，不仅不受个人的侵犯，而且不受政府的侵犯，政府不得以财产平等为由变相剥夺一些人的财产，包括通过征税的方式。从这个意义上讲，无代表不纳税原则是不够的，所有的税收必须是公正、平等的，任何个人或者阶层都不应该受到歧视。[②] 根据征税的平等原则，比例税比累进税更加合理，因为比例税符合"同工同酬"这一唯一公认的经济正义原理，而累进税则背离这一原理。[③] 从根本上讲，累进税是财富再分配的一种机制，这种机制带有很强的歧视性，因为那些获得了较多财富的纳税人比获得了较少财富的纳税人缴纳更高比例的税收，而这没有任何正当的理由，除了一些人嫉妒另一

---

① Nozick，Robert. 1974. *Anarchy，State，and Utopia*. New York：Basic Books.

② Kent，James. 1827. *Commentaries on American Law*，Vol. 2. New York：O. Halsted，p. 268.

③ Hayek，F. A. 1972. *The Constitution of Liberty*. Chicago：Henry Regnery Company. First published in 1960，pp. 316-317.

些人的财富之外。

与征税性质相同的征收，是公权力对私有财产的另一个主要威胁。所谓征收，意指在特定条件下国家利用强制力对私有财产的褫夺。问题的关键不在于政府是否有权力剥夺私人的财产，而在于在什么样的条件下政府才能行使此种权力。只要我们承认政府存在的必要性，承认法庭、治安以及国防设施等存在的必要性，征收似乎就不可避免，因为法庭、军事设施等必须建立在某个特定的场所，如果没有公共的土地，那么，就需要对私人的土地进行征收。既然如此，从宪政的角度讲，对征收权的适当而严格限制是防止政府滥用权力、保护私有财产的重要保障，是从无限政府走向有限政府的基本标志之一。之所以要严格限制政府的征收权，是因为设立政府的主要目的就是让其保护每个人的财产权，如果允许其随意褫夺私人的财产，则恰恰背离了设立它的目的。据此，洛克明确反对无条件的征收权，他指出，未经当事人同意，政府是不得征收私有财产的，因为保护财产权正是人们进入政治社会的目的；如果不经其同意就可以剥夺他们的财产，那么，他们是不会选择进入政治社会的，或者说，这样的选择就太不可思议了。[①]

从《大宪章》到《美国宪法》的宪政文件均对政府的征收权进行了明确的限制。譬如，《大宪章》第二十八条规定：“余等之治安官或管家吏，除立即支付价款外，不得自任何人之处擅取谷物或其他物品，

---

① Locke，John. 1947. *Two Treatises of Government*. Ed. Thomas Cook. New York：Hafner Publishing Company，pp. 191–192.

但出售者允许其延期付款之情形不在此限。”此规定旨在禁止国王的官吏擅自征收或侵夺他人的财物，他们只能通过购买的方式获取他人物品，即使延期付款也要争得当事人同意。《美国宪法》第五修正案规定：“非为公共使用（public use）且提供公正补偿（just compensation），不得征收私有财产。”这意味着，政府行使征收权必须同时满足两个条件：一个是为了公共使用，另一个是必须给被征收者提供公正补偿，否则，政府不得行使征收的权力。大法官斯托里（Joseph Story）认为，第五修正案中的征收规定是对普通法上保护私有财产伟大原则的确认，它建立在自然公正（natural equity）基础之上，被法律家们视为一个普遍的法律原则。在他看来，“在一个自由政体中，如果政府对每位公民的私有财产拥有不受控制的权力，则几乎所有其他的权利都将变得彻底一文不值。每个良好政体的根本目标之一必定是司法公正；当所有财产都受制于立法机关和统治者的意志或者任性时，谈论这种司法公正岂非徒劳。”①

虽然“公共使用”和“公正补偿”的要求看似严格，但如何理解它们的意涵在很大程度上决定了征收权是否受到有效的限制。麦迪逊在起草第五修正案时，使用“公共使用”而非“公共目的”（public purpose）、“公共利益”（public interest）或者“公共收益”（public benefit）是为了避免语意模糊而导致权力滥用，但从美国的司法实践来看，麦迪逊的良苦用心并未阻止住法院对“公共使用”的扩大化解

---

① Story, Joseph. 1833. *Commentaries on the Constitution of the United States*, Vol. III. Boston: Hilliard, Gray, and Company, p. 661.

释。[①]2005 年的“凯洛诉新伦敦市案”（Kelo v. City of New London）就是一个明显的例证。在该案中，美国最高法院的五位大法官认为，为了经济发展的目的而征收私人土地是满足“公共使用”的要求的，尽管被征收之后的土地转移给了私人。然而，正如奥康纳大法官（Justice O'Connor）在异议意见中所说，这一判决根除了“财产的私人使用与公共使用之间的任何区别——因此从第五修正案征收条款中有效地删除了‘为了公共使用’的字眼。”[②]“现在，任何财产都可能为了另一私人的利益而被征收，但是这一判决的余波不会是随机性的。受益者很可能是那些在政治过程中拥有更大影响和势力的公民，包括大公司和发展商。”[③]托马斯大法官（Justice Thomas）甚至尖锐地批评道：“本法院对宪法的解释出现了严重的问题。尽管公民们在家中免于政府的侵犯，但他们的家本身却无法幸免。”[④]

从美国的司法实践来看，对“公共使用”的界定一直是个难题，用“公共利益”或者“公共目的”来解释它不仅没有助益，反而使问题变得更加复杂。于是，有人提议使用政治经济学中的“公共物品”（public goods）概念来定义“公共使用”。[⑤]一般而言，公共物品具备两个基本特征：一是非竞争性消费（non-rivalrous consumption），即可

① Benson，Bruce L. 2008. “The Evolution of Eminent Domain：A Remedy for Market Failure or an Effort to Limit Government Power and Government Failure?” *The Independent Review* XII (3)：423-432.

② Kelo v. City of New London，545 U.S. 469，494 (2005).

③ Kelo v. City of New London，545 U.S. 469，505 (2005).

④ Kelo v. City of New London，545 U.S. 469，518 (2005).

⑤ Epstein，Richard A. 1985. *Takings：Private Property and the Power of Eminent Domain*. Cambridge，MA：Harvard University Press，p. 166.

以多个人同时使用或者消费；二是非排他性（non-excludability），即排除非付费者使用或者消费成本很高，难以防止“搭便车”的出现。典型的公共物品如国防、治安、司法、消防、室外灭蚊子等。[①] 为这些物品进行的征收满足“公共使用”的条件，而为其他物品进行的征收则需要认真考量，以防止征收权的滥用。譬如，道路在性质上并非严格意义上的公共物品，既存在私人道路也存在收费道路（toll roads）的事实即可证明这一点，只是不过，在不收费的情况下，道路常常被视为公共物品，其建造和维护成本往往来自税收。政府为了提供这样的物品而行使征收权时，必须受到严格的司法审查，因为其必需性并不是显而易见的，而且有可能致使一些人受益而另一些人受损。[②]

至于“公正补偿”，它常常被理解为“公平的市场价值”（fair market value），即被征收物的市场价格。之所以要求公正补偿，是因为征收被视为是公众——政府作为其代表——同被征收者进行的一桩交易，只不过这种交易带有一定的强制性，但是，为了弥补被征收人的财产损失，应当给予其在自愿的市场交易中能够获得的价值。孟德斯鸠曾从政治法（political law）和市民法（civil law）有别的角度论证了在政府行使征收权时必须给予当事人补偿的看法。在他看来，人们

---

① Ostrom，Vincent. 1991. *The Meaning of American Federalism：Constituting a Self-governing Society*. San Francisco，CA：ICS Press，p. 168.

② 爱泼斯坦认为，政府为了修建公路、公园之类的物品是可以行使征收权的，因为这类物品的使用是开放的，即任何人都有权使用它们，满足公共使用的条件，即使并非所有的人都可以同时使用它们。见 Epstein，Richard A. 1985. *Takings：Private Property and the Power of Eminent Domain*. Cambridge，MA：Harvard University Press，pp. 167-169。

通过政治法获得了自由，通过市民法获得了财产，不能根据政治法决定财产问题；当涉及公共利益时，社会不应当利用政治法或者政治规制剥夺或者侵犯私有财产，而只能根据市民法来处理财产问题，将每一个个体都看成整个社会。[①] 他指出："那种认为个人利益应当让位于公共利益的看法是一种谬论；决不应如此，除非涉及政治共同体时，换句话说，涉及臣民之自由时；在这种情况下不应当触及私人财产，因为公共利益包括每个人都根据市民法拥有自己的财产，且始终受到保护。"[②] 因之，如果政府打算建造公共设施或者修建一条道路，它必须补偿那些受到其伤害的人，此时，公众（the public）就像一个个体与另一个人进行交易一样。[③] 布莱克斯通表达了类似的观点。他指出，立法机关决不能赤裸裸地剥夺私人财产，用个人利益应当让位于社会利益为之辩护是徒劳的，因为允许任何私人或者任何法庭充当公共利益的法官都是危险的。但是，在特定的情形下，立法机关可以迫使个人让渡自己的财产，但必须给予其合理的价格或者充分的补偿——相当于他所受到的伤害。此时，公众被看作一个个体，与另一个人进行交易。[④]

---

① Montesquieu, Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one), Vol. 2. Trans. Thomas Nugent. New York：Hafner Publishing Company, pp. 72-73.

② Montesquieu, Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one), Vol. 2. Trans. Thomas Nugent. New York：Hafner Publishing Company, pp. 72-73.

③ Montesquieu, Baron de. 1949. *The Spirit of the Laws*. (Two Volumes in one), Vol. 2. Trans. Thomas Nugent. New York：Hafner Publishing Company, p. 73.

④ Blackstone, William. 1893. *Commentaries on the Laws of England*. (In Four Books and Two Volumes), Vol. 1-Books I & II. Philadelphia：J. B. Lippincott Company, p. 107. 法律家肯特也持有同样的看法，见 Kent, James. 1827. *Commentaries on American Law*, Vol. 2. New York：O. Halsted, pp. 275-276。

后记　自由是人的天性

这是一本事关自由的读物，是写给每一个热爱自由的人看的。撰写此书的最初动机是，经常有一些学生和友人让我推荐宪政入门著作，而我则有些犯难，因为除了翻译作品之外，汉语世界的此类读物屈指可数。于是，我就萌发了撰写这样一部作品的念头。本打算写得通俗易懂，甚至连中学生都能阅读，后来发现，这并非易事，大量的专业术语难以避免，否则，准确性会大打折扣。鉴于此，摆在大家面前的这部作品似乎介于通俗读物和专题研究之间，希望读者诸君不感到晦涩难懂，同时又不失一定的专业水准。当然，能否达到这样的目的，就只能交给读者朋友们去评判了。

我总以为，一个国家能否建立一个有限政府，在一定程度上取决于当地民众的知识储备。如果一个国家的国民对有限政府理论一无所知，他们怎么会去追求并进行适当的制度设计？舍此，他们又怎么可能建立一个有限政府？毋庸置疑，美国人在1787年立宪并实行宪政决

非偶然，看看当时美国民众的政治理论水准即可见一斑。《联邦党人文集》中那样晦涩难懂的文章，居然发表在报纸上，虽然阅读者可能多是当时的社会精英，但即使如此，也足以令人惊叹——那可是近230年前的事啊！

毫无疑问，中国人需要一部自己的《联邦党人文集》，需要宪政入门读物以及高水平的宪政理论知识。没有这种知识上的储备，即使有一天我们面临着转型良机，恐怕也很难抓住。过去一百多年的立宪试验和惨痛教训，在很大程度上表明了这一点。无论是弄权者还是他们的幕僚们，甚至包括当时的饱学之士，对立宪行宪之道大多是一知半解。过去三十余年来，国内翻译出版了不少关于有限政府的作品，包括一些经典著作，但有限政府知识的普及和理论水平的提升依然任重道远。

必须指出，写作这本书的灵感和知识积累离不开大量师友的指教、帮助和关照。这不是客气话，我知道，自己欠他们太多。在我二十八年求学以及整整十年的教书生涯中，诸多老师、同学和朋友给了我这样那样的帮助，不仅使我顺利完成学业并走上教学研究之路，而且对我的为人处世和人生追求产生了难以想象的影响。对他们的感激之情溢于言表，我很庆幸自己能在这个世界上与他们“偶遇”。在这里，我无法一一列举，但也必须提到一些师友的名字，否则会显得有悖常理。

首先，我必须感谢恩师奥斯特罗姆夫妇（Elinor & Vincent Ostrom），有幸跟他们学习使我终生受益。自2000年至2006年，我在他们创办的印第安纳大学政治理论与政策分析研究所（Workshop in

Political Theory and Policy Analysis）攻读博士学位，他们的言传身教是我一生的宝贵财富。在为人为学方面，他们仿佛是一座难以逾越的高山，激励我前行，虽然我可能永远也难以望其项背。不幸的是，他们两人已于 2012 年先后驾鹤西去，无法看到这本小册子，但我不揣浅陋，将拙作献给他们，希望他们能在天堂感受到来自遥远中国的问候与祝福！

还应当感谢我在布卢明顿（Bloomington）求学时的诸多师友，包括阿莫斯·索耶（Amos Sawyer）、迈克尔·麦金尼斯（Michael D. McGinnis）、甘思德（Scott Kennedy）、谢尔顿·盖拉（Sheldon Gellar）、芭芭拉·阿伦（Barbara Allen）等教授。阿莫斯是一位转型问题研究专家，甘思德是一位中国问题研究高手，而谢尔顿和芭芭拉则对托克维尔有着深刻的洞见。跟他们课堂内外的交流，均令我获益匪浅。印第安纳大学摩尔法学院（Mauer School of Law）的宪法教授丹尼尔·康科尔（Daniel O. Conkle）以及法律史教授斯蒂芬·康拉德（Stephen A. Conrad）对美国宪法的讲授令我难忘。政治理论与政策分析研究所的诸位同仁——尤其是盖尔（Gayle Higgins）、波提（Patty Lezotte）和大卫（David Price）——也值得感谢，他们的热情、友谊与帮助让漂泊异乡的我时常感受到温暖。

在北京大学法学院攻读硕士和博士学位期间，我有幸师从魏振瀛教授。先生不仅在学问上为我解惑，而且和师母一起对我的生活多有关照，对此，我感激不尽。恩师的宽宏大量也使我颇受教益，2000 年当我提出打算中途放弃北大博士学位而赴美留学时，先生对我的选择

不仅毫无怨言，而且慷慨帮助。先生的教诲让我理解了民法并懂得了私权的重要性，后来，我从学习民法转向研究宪法和政治理论，其实，与其说是转向，不如说是逐渐明白了私法与公法及政治理论之间存在着千丝万缕的联系，没有对公权的制约，私权难以昌明，难以受到良好的保护。遗憾的是，先生前不久仙逝，未能看到拙作的出版，我也同样把这本小书献给他，希望他能在天国感受到弟子对他的敬意！

在我求学的道路上，长期受益于两位学界翘楚的点拨、提携和帮助，以至我的学术旨趣和偏好亦受其影响。他们是贺卫方先生和刘军宁先生。跟两位先生认识二十年来，无论是他们的著作，还是跟他们的交往，都让我获益良多。我钦佩他们的学问，欣赏他们的个性，虽尽力效仿而不得要领。在当下中国，他们总是发出振聋发聩的声音，堪称这个时代的指路明灯。贺老师还不吝赐序，使拙作蓬荜生辉，对他们的感激之情溢于言表。

我到中国政法大学工作之后，有幸得到丛日云教授的提携和关照，他还花费宝贵时间通读了书稿，并提出了详细具体、富有洞见的修改建议，使拙作中的一些错误得以避免。对于丛老师的指点与帮助，笔者不胜感激。

好友萧瀚是我回国后经常来往的饱学之士，我们有很多共识，也有一些分歧，有时甚至争论得面红耳赤，但我总能从中获益。他拨冗阅读了书稿，并提出了许多颇有见地的建议。尽管我未能按照他的建议一一修正，但它们无疑成了我继续完善和思索的动力。对于他的友谊与激励，我在此深表谢意。

不应忘记感谢的还有那些经常与我在一起交流与合作的朋友们，尤其是冯兴元教授和毛寿龙教授。自从回国之后，我们一起参加过很多学术活动，有过无数次的思想交流与观点碰撞，这些都在不断地激励我思考。

不少学术前辈或同道的著述和交流也给了我灵感和教益，这包括江平先生、茅于轼先生、张曙光先生、冯克利教授、张千帆教授、韦森教授、张维迎教授、李炜光教授、侯健教授等。在此，谨对他们表达诚挚的谢意。

必须感谢我的中学老师鲁自仁先生，没有他的指点和帮助，我可能会走上不同的人生道路。遗憾的是，先生已辞世，无法看到拙作的出版。他的女儿鲁雪萍也是我的老师，一直关心着我的学业与研究，在此一并致谢。

还有两个学术机构值得鸣谢，它们是天则经济研究所和中国人民大学公共政策研究院。这是两个可以自由发言和讨论的平台，我受益于他们组织或举办的很多学术活动。

另外，感谢所有上过我课的学子们，跟他们在一起学习和讨论的时光是人生中最美好的回忆之一。感谢天则西学经典品读班以及“一起读”读书会的书友们，他们的热情、思考与使命感在这个时代显得弥足珍贵。感谢“一起读”的发起人王瑛女士，她是这个时代少有的敢于担当的企业家。

还要感谢中国政法大学法学院——尤其是宪法研究所——的诸多同仁，他们的宽容与理解让我感受到温暖。

不能忘记感谢的还有东方出版社以及本书的策划编辑陈卓先生，没有他的努力和付出，很难想象拙作何时才能问世。

当然，最应该感谢的是我的家人，他们永恒的支持与关爱是我不断前行的动力。我的父母和岳父不辞辛劳，承担了很多家务，还帮着照看孩子。我的爱人张冉虽然教学和科研任务也很繁重，但仍挤出宝贵时间照看孩子并操持家务，让我安心追逐自己的梦想。还有什么比这更幸福的呢！

三年前，谷子来到这个世界上，我们家多了一位新成员。陪伴他成长虽然占用了我大量的时间，但和他一起玩耍、交流的愉悦常常使我忘掉人世间的烦恼，忘掉这个时代的怪诞。他尚不明白我在写些什么，但他常常用自己的行动证明，自由是人的天性。

2016 年中秋